Die Verwirkung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Frank Rocholl

Referendar aus Kassel

Marburg 1933

Carl Ritter, G. m. b. H., Wiesbaden

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 26. November 1932.

Berichterstatter:
Geh. Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung 7

§ 2. A. Die zeitliche Begrenzung der Rechte 7

§ 3. B. Die Verwirkung.

I. Vorläufer der Verwirkungslehre 10

II. Verwirkung in Sondergebieten.

1. Verwirkung im Aufwertungsrecht.

§ 4. a) Verzicht und Verwirkung im Aufwertungsrecht . 14

§ 5. b) Begründung der Verwirkungslehre 18

§ 6. c) Geltungsbereich der Verwirkung im Aufwertungsrecht 22

§ 7. d) Die Aufwertung — ein „außerordentlicher Rechtsbehelf“? 24

§ 8. e) Geltendmachung des Aufwertungsanspruchs . . . 29

§ 9. f) Verschulden bei der Verwirkung 30

§ 10. g) Interessenabwägung — Besitzstand 34

§ 11. h) Ganze oder teilweise Verwirkung des Aufwertungsrechts 36

§ 12. i) Verhältnis zu Verjährung und Ausschlußfrist . . . 37

§ 13. k) Rechtsunsicherheit als Folge der Verwirkungslehre 40

§ 14. 2. Verwirkung im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht 41

§ 15. 3. Verwirkung im Arbeitsrecht 47

§ 16. III. Verwirkung — ein allgemeiner Rechtsgrundsatz? . . . 52

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554407_0002

Literatur.

Abraham: Steht der Rüge der Verletzung von Gründungs- und Nachgründungsvorschriften der Einwand der Verwirkung entgegen? JW. 1930, S. 1354.

Baumbach: Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht. Gew. Rechtsschutz u. Urh. 35. Jg. Nr. 3.

Becher: Wettbewerbsrecht. 1928.

Beisler: Die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs (II). JW. 1928, S. 1337.

Beutner: Über die Unsicherheit eines Aufwertungsanspruchs. JW. 1927, S. 1848

Best: Verwirkung? JW. 1932, S. 1801.

Bloch: Neuere Rechtsprechung über die Frage der Verwirkung des Aufwertungsanspruchs. Grundst. Warte 1930, S. 228, 244.

Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar von Reichsgerichtsräten. 6. Aufl., 1928.

Callmann: Der unlautere Wettbewerb. Kommentar. 1929.

Danzer-Vanotti: Die Verwirkung. DRZ. 1932, S. 74—76.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. Bd. IV, 3. Aufl., 1932.

Endemann: Die Verschweigung des Aufwertungsanspruchs. DJZ. 1928, Sp. 692.

Enneccerus: Enneccerus-Kipp-Wolf, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, Teil 1: Allgemeiner Teil, 12. Bearbeitung, 1928; Bd. I, Teil 2: Schuldverhältnisse, 10. Bearbeitung, 1927.

Hamburger: Zum Begriff der Verwirkung. LZ. 1928, Sp. 1588 ff. — Treu und Glauben im Verkehr. Mannheim 1930. — Verwirkung von Tariflohn. LZ. 1931, Sp. 491.

Heinemann: Verwirkung als Rechtsvernichtungsgrund. LZ. 1928, Sp. 935ff.

Hoche: Verwirkung des Aufwertungsanspruchs wegen verzögerter Geltendmachung. DRZ. 1927, S. 298 ff.

Hoeniger: Die Entlastung. DJZ. 1922, Sp. 143—148.

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. Bd. I, 3.—5. Aufl., 1931. Bd. II, 1930.

Jung: Bürgerliches Recht. Das Gesamte Deutsche Recht in systematischer Zusammenstellung, herausgegeben von R. Stammler, Teil IV.

Küchenhoff: Rechtsverwirkung außerhalb des Aufwertungsrechts. DJZ. 1930, Sp. 1194 ff.

Lenz: Die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs. DJZ. 1928, S. 1188.

Leonhard, Franz: Das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I, Allgemeines Schuldrecht. In Bindings systematischem Handbuch, Abt. X, Bd. II, 1. Hälfte, 1929.

Mügel: Die Rechtsprechung über die Verwirkung von Aufwertungsansprüchen. JW. 1930, S. 1042 ff. — Das gesamte Aufwertungsrecht. 5. Aufl. — Eine feste Zeitgrenze für die Geltendmachung von Aufwertungsansprüchen? JW. 31, S. 3251.

Nipperdey: Beiträge zum Tarifrecht. 1924.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1927; Recht der Schuldverhältnisse. 1. Abt., 5. Aufl., 1928.
Plancks: Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Siber, Bd. II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil. 4. Aufl., 1904.
Priebe: Der Verzicht auf Tariflohn. DJZ. 1925, Sp. 662 f.
Reimer: Die Gefahr des „langen Zuwartens" für den Anspruchsberechtigten im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht. JW. 1928, S. 2064.
Riezler: Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.
Rosenthal: Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Vorschriften des Warenzeichenrechts. 8. Aufl., 1930.
Roth: Die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs (I). JW. 1928, S. 1335.
Rundstein: Der Widerspruch mit dem eigenen Verhalten in der Theorie des französischen Privatrechts. Arch. f. bürgerl. R. Bd. 43, S. 319ff.
Salfeld: Die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs (III). JW. 1928, S. 1339.
Scheuermann: Mietwucher. 1932.
Scholtz: Verzicht, Verjährung und Verwirkung in der Rechtsprechung des Aufwertungsrechts. JW. 1930, S. 2356 ff.
Siebert: Zum Begriff der Verwirkung. JW. 1932, S. 2384 f.
Sontag: Gibt es eine Verschweigung des Aufwertungsanspruchs? DJZ. 1928, S. 868 f. — Die Einrede der Verwirkung im Aufwertungsrecht. Jur. Rundschau 1928, S. 81 f.
Staub-Könige-Pinner: Das Handelsgesetzbuch. 11./12. Aufl., 1926.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Riezler, Bd. I, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1925; Werner, Bd. II, 1. Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl., 1930.
von der Trenck: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Verwirkung von Aufwertungsansprüchen. JW. 30, S. 2364 ff.
von Tuhr: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. Bindings systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. Abt. X, 1. Teil, Bd. I, 1910; Bd. II, 1. Hälfte 1914, 2. Hälfte 1918.
Uhlmann: Irrtum, veränderte Umstände und Geschäftsgrundlage. LZ. 1931, Sp. 129 ff. (143).

§ 1.

Einleitung.

In den letzten Jahren ist die Aufmerksamkeit der Juristenwelt auf die „Verwirkung", ein „neues Rechtsinstitut" unter vielen anderen, gelenkt worden.

Der Einwand der „Verwirkung" soll unter Umständen der Ausübung eines formell begründeten Rechts entgegengestellt werden können.

Es soll die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein, den Versuch einer Klärung ihres Begriffs und ihrer Bedeutung zu machen.

§ 2.

A. Die zeitliche Begrenzung der Rechte.

Das heutige bürgerliche Recht läßt den Zeitablauf in verschiedenster Art und Weise Rechten eine Schranke setzen. Sie können mit Ablauf einer gewissen Zeit untergehen. Sie können auch trotz Zeitablaufs fortbestehen, während ihrer klagweisen Geltendmachung eine Einrede entgegengesetzt werden kann.

Als solche Rechtsschranken kommen in Betracht: Verjährung, Ausschlußfrist und Ersitzung.

Allen dreien ist der Grundgedanke gemeinsam, daß ein lange bestehender tatsächlicher Zustand in seinem Bestand geschützt werden muß. Die Rechtsordnung muß solche konservativen Rechtsideen enthalten, um wirklich Ordnung zwischen den Einzelwesen zu schaffen. Bei allen diesen Rechtseinrichtungen ist von ausschlaggebender Bedeutung die Zeit, die von Begründung des tatsächlichen Zustands an bis zur Geltendmachung des Rechts verstrichen ist.

1. Die Verjährung.

Am bezeichnendsten ist das bei der Verjährung. Der bloße Zeitablauf gibt dem Schuldner die Möglichkeit, sich seiner Verpflichtung zu entziehen. Es besteht zwar nach Eintritt der Verjährung nach wie vor ein Recht (Anspruch) gegen den Schuldner. Dem Anspruch ist aber seine wichtigste Eigenschaft, daß er notfalls mit Hilfe des Staats verwirklicht werden kann, genommen. Außer dem Zeitablauf ist nichts anderes erforderlich. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß der Schuldner in dem guten Glauben ist, sein Recht bestände nicht mehr[1] oder daß der Gläubiger schuldhaft säumig wurde. Das ergibt sich ohne weiteres aus dem Wortlaut der §§ 196ff. BGB., insbesondere der §§ 202f., 222 BGB.

[1] Enneccerus 11, Bd. I, 1, § 211, I, Anm. 1.

Weder führt § 222 BGB. das Verschulden des Berechtigten oder den guten Glauben des Verpflichteten als Voraussetzung auf, noch sind diese Erfordernisse in den erschöpfend aufgezählten Hemmungs- und Unterbrechungsgründen enthalten. Die Einrichtung der Hemmung der Verjährung berücksichtigt bereits alle die Tatsachen, die dem Gläubiger die Klage unmöglich oder unzumutbar machen können[1].

2. Ausschlußfristen.

Strengere Anforderungen stellen die gesetzlichen Ausschlußfristen. Zwar ist auch hier allgemein nicht die Rede davon, daß ein Verschulden Voraussetzung des Rechtsverlustes sei. Doch läßt die Rechtsprechung vereinzelt den Anspruch unberührt, wenn der Berechtigte ohne Schuld eine Ausschlußfrist verstreichen ließ[2]. Dafür ist auch grundsätzlich weder Hemmung noch Unterbrechung der Frist möglich. Soweit das bei einzelnen Ausschlußfristen doch der Fall ist, ist ein Übergang zur Verjährung geschaffen. Dazu gehören die Fristen der §§ 210, 477, 490 II, 802, 1002 Abs. II BGB. Bis auf die Vorschrift des § 802 BGB. wird in sämtlichen Bestimmungen auf die Vorschriften über Hemmung der Verjährung verwiesen; § 802 BGB. enthält auch einen selbständigen Hemmungsgrund (Zahlungssperre).

Rechtlich erheblich ist schließlich der Unterschied von der Verjährung, daß dem Anspruch nicht nur eine Einrede entgegensteht, sondern daß er untergeht. Ausschlußfristen gelten schließlich nicht nur für Ansprüche, sondern alle Rechte.

3. Die Ersitzung.

Die Ersitzung verlangt noch weitgehendere andere Erfordernisse als reinen Zeitablauf. Der ursprünglich Berechtigte verliert das Recht an seinem Gegenstand nur, wenn die Ersitzungsfrist verstrichen, der Erwerber den Gegenstand in Besitz hat und während der ganzen Dauer der Ersitzungsfrist in gutem Glauben ist. Gegenüber dem römischen Recht hat aber die Ersitzung durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbers ganz erhebliche Einbuße erlitten, ja sie ist zum Teil hierdurch verdrängt worden. Sie tritt bei beweglichen Sachen nur hinsichtlich des Eigentums und des Nießbrauchs ein (§§ 937, 1033 BGB.). Bei unbeweglichen Sachen kommt sie überhaupt nur unter erschwerten Bedingungen in Betracht (§§ 900, 927 BGB.).

Von diesen rechtlich ganz erheblichen Unterschieden abgesehen, bezwecken alle diese Rechtsschranken ein Gleiches: Klärung tatsächlicher Verhältnisse in eindeutiger Art, weil sie durch Zeitablauf

---

[1] Enneccerus a. a. O. § 215, II. Unrichtig, daher Naendrups Jb. für Dogm. 75, 237 ff.

[2] RG. in Seuff. Arch. Bd. 73, S. 322.

undurchsichtig geworden sein könnten. Die Rechtsordnung erfordert und die genannten Normen bezwecken, den Gläubiger durch drohenden Rechtsverlust zu alsbaldiger Ausübung seiner Rechte zu zwingen. Langer Zeitablauf erschwert dem Schuldner auch den Beweis, daß er nichts mehr schuldet. Verjährung, Ausschlußfristen und Ersitzung suchen, ihn vor diesem Nachteil zu schützen. Sie erhöhen damit zugleich die Sicherheit des Rechtslebens im öffentlichen Interesse, denn leicht könnten andernfalls Unbilligkeiten entstehen, ungerechte Urteile aus formalen Gründen ergehen. Es wird gewiß ein Recht zum Opfer gebracht. Aber dieses Opfer ist klein im Verhältnis zu dem (in der Regel bestehenden) Interesse des unmittelbar beteiligten Schuldners und vor allem der Öffentlichkeit. Das Gesetz selbst hat mit festen Normen die widerstreitenden Interessen gegeneinander abgewogen. Es geht davon aus, daß bei Gegebensein bestimmter, klarer Tatbestandsmerkmale, wie sie die einzelnen Normen angeben, das Interesse an einer Nichtdurchsetzung des Rechts überwiegt.

Das öffentliche Interesse verlangt, daß der angeblich Verpflichtete vor unberechtigten Angriffen geschützt wird[1]. Unberechtigt sind die Angriffe wegen „der beharrlichen Nichtbetätigung des Anspruchs und der daraus abzuleitenden geringen Interessen des Berechtigten". Rechtsverlust kann also dann nicht besonders hart empfunden werden. Rechtslehre[2] und Rechtsprechung[3] haben sich dem angeschlossen. Es wird also unverkennbar davon ausgegangen, daß diese gesetzlichen Bestimmungen eine generelle Interessenabwägung enthalten. Denn Riezler betont ausdrücklich[4], daß ein logischer Unterschied zwischen Verjährung und Ausschlußfrist nicht bestehe[5] und gibt[6] für Verjährung und Ersitzung die gleichen Grundgedanken an. Desgleichen macht er sich ausdrücklich den Standpunkt der Motive zu eigen[7]. Oertmann[8] betont dies ebenfalls. Endemann[9] gibt als Zweck der Ausschlußfristen an: endgültige Ordnung der Rechtsbeziehungen und damit Beseitigung der Rechtsunsicherheit, also Gründe, die auch Verjährung und Ersitzung rechtspolitisch rechtfertigen.

Noch in einem anderen Rechtsinstitut findet sich der gleiche Grundgedanke, in der Verschollenheit. Das Interesse an dem Rechtsverkehr

---

[1] So grundlegend Motive I, S. 291.

[2] Oertmann, 3. Aufl. F vor § 194, 1; Enneccerus a. a. O. § 211, I; Staud.-Riezler Nr. 1, 2 vor § 194; Heinemann, S. 936.

[3] RG. 106, S. 83 (zu Art. 30 EG. BGB.).

[4] Staud.-Riezler Anm. 3 vor § 194.

[5] Ebenso Hoelder LZ. 07,535 und 09,606.

[6] Staud.-Riezler Nr. 1 vor § 194.

[7] Staud.-Riezler Nr. 2 vor § 194.

[8] Oertmann F. vor § 194, Anm. 1

[9] Endemann, S. 694.

und einer Einbeziehung der Güter des Verschollenen in den Rechtsverkehr ist für stärker erklärt als das Interesse des verschollenen Einzelwesens. Auch hier spielt der Zeitablauf eine wesentliche Rolle.

In diesen Normen kann der Zeitablauf restlos verwertet sein, so daß er darüber hinaus nur für erstrebtes Recht von Bedeutung ist. Der Grundsatz der Sicherheit des Rechtsverkehrs braucht hier aber nicht notwendig ausschließlich von Bedeutung zu sein. Zusammen mit anderen Tatsachen kann er darüber hinaus als Rechtsschranke in Betracht kommen. Lediglich die besonderen Ergebnisse und Folgen der erwähnten Rechtseinrichtungen lassen sich nicht über die erfaßten Tatbestände hinaus verwerten. Andere Rechtsschranken sind daneben durchaus denkbar, selbst bei Verwertung gleicher oder ähnlicher Grundgedanken.

Es fragt sich, ob der Ausübung von Rechten irgend etwas entgegengestellt werden kann, wenn weder eine Ausschlußfrist gesetzt noch Verjährung eingetreten ist, sondern nur eine gewisse Zeit abgelaufen ist. Die Verwertung des Zeitablaufs als Rechtsschranke über die gesetzlich ausdrücklich angegebenen Fälle hinaus faßt man im wesentlichen unter dem Begriff der Verwirkung zusammen.

Es fragt sich, ob eine Verwirkung mit dem Gesetz zu vereinbaren ist und auf welche Weise sie sich auswirkt.

§ 3.

B. Die Verwirkung.

I. Vorläufer der Verwirkungslehre.

Ehe die Verwirkung als solche bekannt wurde, hat die Rechtsprechung vielfach aus § 242 BGB. Gründe gegen eine verspätete Rechtsausübung abgeleitet.

Es handelt sich da um die sog. exceptio doli und das vor allem im Handelsrecht betonte „illoyale Zuwarten" mit der Rechtsausübung.

Die exceptio doli, die ursprünglich aus dem römischen (prätorischen) Recht stammt, kann der Schuldner einer arglistigen Ausübung formaler Rechte entgegen stellen. Erforderlich ist, daß „das gegenwärtige Verhalten des Gläubigers, insbesondere sein Vorbringen im Rechtsstreit mit Rücksicht auf sein früheres Verhalten" gegen Treu und Glauben verstößt[1]. Welcher Art das Verhalten ist, ist gleich. Die exceptio doli wird zugelassen gegenüber der Berufung auf den Eintritt der Verjährung, wenn der Schuldner diese erschlichen hat, indem er den Gläubiger in Sicherheit wiegte[2]. Sie wird gewährt, wenn sich eine

[1] RGR. Komm. 6. Aufl., Anm. 4, Abs. 1 zu § 242.
[2] RG. 86, 194.

Vertragspartei auf den Formmangel eines Vertrags beruft, trotzdem sie den Gegner zur Nichtbeachtung der Formvorschrift veranlaßt hatte[1]. Diese Einrede der Arglist ist allgemein[2] anerkannt. Dabei ist man sich über die Begründung zunächst nicht klar gewesen. Meist beruft man sich jetzt auf § 242 BGB.[3]. Das Reichsgericht arbeitete den Gedanken aus, daß sich die Einrede der Arglist aus den den §§ 242 und 826 BGB. zugrunde liegenden gemeinsamen Ideen herleite[4]. Die bloße Unbilligkeit des Ergebnisses genügt jedoch nicht[5]. Jedes arglistige Verhalten gewährt die Einrede der Arglist, wenn es sich im Rahmen dieser Entscheidungen hält. Möglich ist daher auch, daß dem Berechtigten lange Untätigkeit vorgeworfen wird. Solche Entscheidungen sind selten[6]. In der Regel ist es die Erschleichung und nachherige Berufung auf eine formale Rechtsstellung entgegen dem eigenen früheren Verhalten, was dem Berechtigten zum Vorwurf gereicht[7]. Keineswegs ist ein unbedingt betrügerisches, also wirklich arglistiges, Verhalten erforderlich. Es ist wiederholt ausgesprochen worden daß Widerspruch zu dem eigenen Verhalten ausreicht, wenn nur ein Verstoß gegen Treu und Glauben im Ergebnis vorliegt und nicht nur bloße Unbilligkeit des Ergebnisses[8]. Gewinnsüchtiges Verhalten genügt[9]. Ein mehrfaches positives Anerkenntnis schließt die Berufung auf die Vorschrift des § 3 Abs. II Dep.Ges. aus und damit die Möglichkeit, das Geschäft zurückzuweisen[10].

Das Verbot illoyalen Zuwartens mit der Verwirklichung von Rechten ist ebenfalls auf § 242 BGB. gestützt worden. Im einzelnen wurde entschieden: Ein vertragliches Rücktrittsrecht kann nicht zeitlich unbeschränkt benutzt werden, trotzdem die §§ 346ff. BGB. es in keiner Weise zeitlich begrenzen. Treu und Glauben im kaufmännischen Verkehr bestimmen, daß es im Regelfall binnen angemessener Frist zu verwirklichen ist. Der Berechtigte darf seine Entscheidung nicht lange Zeit in der Schwebe lassen. Die wirtschaftlichen Zustände, die ungünstig für den Verpflichteten sind, sind zu berücksichtigen[11]. Das

[1] RG. 107, 363.

[2] RG. LZ. 1928, Sp. 1683, Nr. 4; RG. 57, 376; 58, 356; 61, 359; 64, 220; 71, 434; 90, 216; Jung S. 684; Leonhard I, S. 75; Hueck-Nipperdey § 24 III, 5, S. 237.

[3] So Jung, Leonhard, Komm. RGR a. a. O.

[4] Vgl. Anm. auf Seite 8 u. Anm. 1, S. 9.

[5] RG. 86, 192 ff. (194).

[6] Lange Untätigkeit wird als Arglist betrachtet in OLG. Naumburg JW. 30, 3866; OLG. Hamm Rspr. 41, 94; RG. LZ. 1928, Sp. 1693, Ziff. 4.

[7] Vgl. RG. 86, 194; 107, 363.

[8] RG. 87, 283; 78, 347; 76, 354; 71, 432.

[9] RG. Warn. E. 1919, Nr. 22.

[10] RG. 95, 259.

[11] RG. 107, 108.

Gleiche gilt für das Gebrauchmachen von der Kriegsklausel[1]. Der Berechtigte muß sich entscheiden, wenn er den Überblick erlangt hat, ob die Erfüllung durch den Krieg beeinträchtigt ist oder nicht[2]. Anders ist es, wenn langes Warten durch vernünftige Gründe entschuldigt ist[3]. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt hier auch dann nicht vor, wenn der Lieferant sich über ein Jahr lang nicht auf eine unberechtigte Annahmeverweigerung erklärt hat. Die gleichen Grundsätze wie für die Kriegsklausel gelten für Freizeichnungsklauseln[4], kassatorische Klauseln[5] und außerordentliche Kündigungsrechte[6]. Insbesondere darf der Berechtigte von den ihm nach § 326 BGB. aus dem Gesichtspunkt des Verzugs zustehenden Rechten nur binnen einer gewissen Überblicksfrist Gebrauch machen[7]. Durch illoyales Zuwarten verliert er die Möglichkeit der Geltendmachung. Eine Verwirkung kommt aber dann nicht in Betracht, wenn der Verpflichtete die Lieferung abgelehnt hatte, der Berechtigte auch eine lange Zeit wartete, aber so eindeutig auf Lieferung bestand, daß er keinen Anlaß hatte, auf die Ablehnung zu antworten[8].

Die Zusammenstellung zeigt, daß das sog. „illoyale Zuwarten" nur ein Sonderfall der exceptio doli generalis ist. Die exceptio kann einem Verhalten gegenüber erhoben werden, das gegen Treu und Glauben oder gegen die guten Sitten verstößt, „weil das gegenwärtige Verhalten, insbesondere das Vorbringen im Rechtsstreit mit dem früheren unvereinbar ist[9]". Illoyales Zuwarten kann dann vorliegen, wenn das frühere Handeln kein positives war sondern ein Handeln durch Unterlassen. Nach den allgemein dafür geltenden Grundsätzen muß eine Verpflichtung zum Handeln, zum Andershandeln, vorgelegen haben. Diese Pflicht muß der Berechtigte nicht erfüllt haben. Diese Pflicht wird in den erwähnten Entscheidungen[10] aus den Erfordernissen des Handelsrechtsverkehrs oder des Rechtsverkehrs überhaupt hergeleitet. Insoweit kommt es auf den Zeitablauf an. Hinzukommen muß aber noch eine Interessenabwägung, die für den, der sich auf „illoyales

[1] RG. 91, 57, 108; RG. 100, 258 ff.; Warn. E. 19, Nr. 22.

[2] Vgl. Anm. 1, ferner RG. 88, 143 und RG. 88, 261.

[3] RG. 36, 83 ff. (86); RG. 94, 78; RG. Warn. E. 1917, Nr. 164; RG. 90, 102.

[4] RG. JW. 25, 329, Nr. 26; RG. LZ. 1925, Sp. 34, Ziff. 2.

[5] RG. Warn. E. 1920, Nr. 192; RG. Warn. E. 1908, Nr. 283.

[6] RG. JW. 1898, 111, Nr. 10; RG. Gruchots Beiträge 47, 398.

[7] RG. Seuff. Arch. 76, Nr. 75, S. 120; RG. 91, 345; RG. Warn. E. 1912, Nr. 379; RG. 60, 148; Staub §374, Anm. 148. Das gilt auch für die analoge Anwendung des § 326 BGB. auf positive Vertragsverletzungen: RG. LZ. 1912, 927, Nr. 4.

[8] RG. Warn. E. 1923/24, Nr. 94.

[9] RGR. Komm. Anm. 4 zu § 242.

[10] Vgl. Anm. 11, S. 11 u. Anm. 1—8, S. 12.

Zuwarten" beruft, günstig ausfallen muß. Die Interessenabwägung geschieht in gleicher Weise bei der „exceptio" und dem „illoyalen Zuwarten". Steht auf der einen Seite lediglich ein formales Recht? Mußte der Verpflichtete trotz langen Wartens mit der Verwirklichung des Anspruchs rechnen? Ist das Verhalten motiviert, hat er einen verständigen Grund für sein Schweigen gehabt, dann kommt eine Verwirkung selbst dann nicht in Betracht, wenn die Abwägung der beiderseitigen Interessen zu ungunsten des Berechtigten ausfällt. Eine Entschuldigung oder Motivierung schließt die Verwirkung aus.

Es kann hier nicht die Aufgabe sein, diese umfangreiche Rechtsprechung im einzelnen daraufhin zu untersuchen, ob jede Entscheidung zutrifft oder nicht. Es kommt hier nur darauf an, ob diese Rechtsprechung grundsätzlich berechtigt ist. Es kommt auch nicht darauf an, die Rechtsprechung über die sog. Einrede der allgemeinen Arglist zu untersuchen. Hier kommt es nur darauf an, festzustellen, ob mit Recht in der Rechtsprechung über das illoyale Zuwarten der Zeit ein Einfluß auf den Bestand oder die Ausübung eines Rechts eingeräumt worden ist.

Dazu muß festgestellt werden, ob nach Treu und Glauben, § 242 BGB. und 346 HGB., überhaupt ein Recht erlöschen oder von der Ausübung ausgeschlossen werden kann und weiter, ob eine Verpflichtung besteht, von einem Recht, das durch keine ausdrückliche Vorschrift an eine Frist gebunden ist, innerhalb eines gewissen Zeitraums Gebrauch zu machen.

Die erste Frage ist unbedingt zu bejahen und wird auch in der Rechtslehre und Rechtsprechung allgemein bejaht[1].

Eine Verpflichtung, sein Recht ganz allgemein innerhalb einer bestimmten Zeit geltend zu machen, besteht nicht. Man kann sie auch nicht aus § 242 BGB. herleiten. Andernfalls wären ja Ausschlußfristen überflüssig und die gesamten Vorschriften, die die Verjährung betreffen, unverständlich. Aus § 242 BGB. kann man nur eine mindere Verpflichtung des Berechtigten herleiten, nämlich die, unter Umständen nicht nur seine Interessen zu wahren, sondern auch Rücksicht gegen den Verpflichteten zu üben[2]. Das gilt ganz besonders, wenn irgendwelche Rechtsbehelfe in Frage stehen, die von besonderer Tragweite für den Gegner sind. Das trifft gerade für die Rechtsbehelfe zu, die in den angeführten Entscheidungen eine Rolle spielen. Es handelt sich dabei fast durchweg um Gestaltungsrechte, sei es auf vertraglicher, sei es auf gesetzlicher Grundlage, die geeignet sind, ein Rechtsgeschäft in seinem Gesamtbestand plötzlich und grundlegend zu ändern und damit eine erhebliche Einwirkung auf die Stellung der Beteiligten

[1] Staud.-Werner § 242, Anm. II, 1, Abs. 2; Planck 1; 3, c, α, Soergel Einl. 1. Teil Bem. 2; Jung S. 684; Leonhard I, S. 74.

[2] Staudinger-Werner § 242 III, 1, Abs. 2; RGR. Komm. Anm. 1 zu § 242 Abs. I; RG. 101, 49.

haben können. Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verbieten es dem Berechtigten, sein Recht willkürlich zu einer Zeit auszuüben, in der sich Gegner bereits auf den Nichtgebrauch einrichten konnte und durfte. Die Fälle der exceptio doli generalis, die ein positives arglistiges Handeln voraussetzen, können ein weiteres Anwendungsgebiet haben. Sie setzen keinen solchen qualifizierten Anspruch voraus. Dabei muß man sich klar sein, daß beide nur einen Unterfall des § 242 BGB. darstellen und das illoyale Zuwarten nur ein Unterfall der exceptio doli ist.

II. Verwirkung in Sondergebieten.

1. Verwirkung im Aufwertungsrecht.

§ 4.

a) Verzicht und Verwirkung im Aufwertungsrecht.

Die Aufwertungsrechtsprechung hatte aus Billigkeitserwägungen unter Berufung auf § 242 BGB. — Treu und Glauben — in großem Umfang dem, der durch die Inflation ein Recht verloren hatte, einen Anspruch auf Umwandlung seiner Papiermarkforderung in eine Goldmarkforderung zugesprochen. Dadurch ergab sich aber vielfach eine Unbilligkeit für den, der nun, entgegen seiner Annahme, zahlen mußte. Unter Umständen konnte der Schuldner durch die Zulassung der Aufwertung sogar wirtschaftlich vernichtet werden[1]. Das kam vor allem in Frage, als im Frühjahr 1927 das Reichsgericht von seiner bisherigen Rechtsprechung zugunsten einer erheblich umfangreicheren Zulassung der Aufwertung abwich[2]. Bis dahin waren Markforderungen, die mit entwertetem Papiergeld zurückgezahlt worden waren, zur Aufwertung nur dann zugelassen worden, wenn die Zahlung nach einem bestimmten Stichtag, dem 15. August 1922, erfolgt war (sog. rückwirkende Aufwertung). Alle anderen Zahlungen galten als volle Erfüllung. Vorher waren derartige besondere Unbilligkeiten nur vereinzelt vorgekommen[3]. Jetzt ließ das Reichsgericht aber die sog. rückwirkende Aufwertung auch dann zu, wenn bereits vor dem Stichtag Zahlung erfolgt war. Unbilligkeiten entstanden im wesentlichen in den Fällen, in denen ein Betrag in Papiermark gezahlt worden war und der Gläubiger während längerer Zeit nicht mit seiner Forderung hervorgetreten war.

Kannte der Gläubiger seinen Aufwertungsanspruch, so wurde sein Verhalten vielfach unter dem Gesichtspunkt des stillschweigenden

[1] RG. 116, 317; 117, 358 = JW. 1927, S. 2915 ff.

[2] Durch RG. 115, 201 ff. vom 18. 2. 1927; RG. JW. 1928, 1384, Nr. 48; RG. JW. 30, 812; RG. JW. 31, 2704.

[3] RG. 114, 404; RG. JW. 27, 1848 vom 26. 4. 1926; RG. JW. 27, 660; RG. 110, 113.

Verzichts auf seine Rechte betrachtet[1]. Von einem gewissen Zeitpunkt an wurde durch die Rechtsprechung die Kenntnis von dem Aufwertungsrecht ohne weiteres vermutet, nämlich vom Dezember 1924 ab[2]. Dafür wurde gefordert, daß der Berechtigte den Verzicht durch schlüssige Handlungen zum Ausdruck gebracht habe[3, 4].

Dabei war sich die Rechtsprechung durchaus klar darüber, daß ein Verzicht im Recht der Schuldverhältnisse nur in der Form eines Erlaßvertrags denkbar ist (§ 397 BGB.)[5]. Fraglich war in erster Linie, ob der Berechtigte einen Verzichtswillen geäußert hatte. Eine zweite Frage war es in solchen Fällen, ob überhaupt ein Vertrag abgeschlossen worden war, insbesondere, ob der Verpflichtete den Erlaßantrag angenommen hatte. Denn in all diesen Fällen trafen die beiden Parteien in der Regel nach erfolgter Papiermarkzahlung nicht mehr zusammen.

Die erste Frage wird ihre Beantwortung meist in § 151 BGB. finden. Eine ausdrückliche Annahme wird wohl nie gegeben sein. Häufig wird aber eine derartige Annahme nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten oder nach der Verkehrssitte auf eine Erklärung der Annahme verzichtet sein[6]. Die Annahme einer Verzichtserklärung durch den Schuldner kann auch in der Regel vermutet werden[7]. Es ist durchaus unüblich, daß ein Schuldner einen ihm gewährten Nachlaß nicht annimmt.

Dagegen haben sich nicht zu Unrecht erhebliche Bedenken durchgesetzt. In den meisten Fällen ist es doch tatsächlich so, daß der Schuldner von einem Verzicht des Gläubigers keinerlei Kenntnis haben kann. In solchen Fällen kann dann auch § 151 BGB. nicht durchschlagen. Vielfach wird deshalb schon ein stillschweigender Verzicht nicht vorliegen[8].

Bei weitem zweifelhafter ist, ob der Berechtigte den Verzichtswillen zum Ausdruck gebracht hat. Dafür spricht, daß wohl niemand Wert auf ein Recht legt, das trotz Kenntnis von seinem Bestand nicht geltend macht. Aber das ist lediglich eine Vermutung für den Verzichtswillen des Berechtigten. Umgekehrt kann im allgemeinen nicht vermutet werden, daß jemand auf eine für ihn günstige Rechtstellung verzichten, also sich schlechter stellen will.

---

[1] RGR. Komm. Anm. 1, Abs. II zu § 397 BGB.

[2] RG. JW. 1928, 485, Nr. 18.

[3] RG. 110, 113; RG. in DRZ. 1927, Nr. 452; RG. Zeiler, Nr. 43; RG. Zeiler, Nr. 452; ebenso Riezler, S. 146; Heinemann 937; RG. in Seuff. Arch. 78, Nr. 12.

[4] RG. Zeiler, Bd. I, Nr. 43; III, Nr. 650, 712; IV, Nr. 892; VII, Nr. 1318; Zeiler, Bd. I, Nr. 233, 237, 242, 248; Bd. III, Nr. 615, 707.

[5] RG. 110, 418; 72, 171.

[6] Staud.-Werner § 397, Anm. I, 1, a; Walsmann, S. 232; Planck § 397, Anm. 3, Abs. I.

[7] Scholtz, JW. 30, 2356; Staud.-Werner § 397, Anm. I, 1, a.

[8] RG. 72, 169; Best, JW. 32, 1802; RG. JW. 31, 735; RG. JW. 1928, 3041.

Trotzdem nimmt ein Teil der Rechtsprechung ohne weitere Begründung an, es könne in solchen Fällen ein stillschweigender Verzicht des Berechtigten vorliegen[1].

Die bei weitem größere Zahl der höchstrichterlichen Entscheidungen, insbesondere auch die Rechtslehre, lehnen diese Ansicht ab[2]. Die Begründung ist fast durchweg, daß nichts dafür spreche, daß der Berechtigte seinen Aufwertungsanspruch aufgeben wolle. Zum Teil wird die Annahme eines Verzichtswillens in diesen Fällen als eine Fiktion[3], als eine unwahre Konstruktion[4] bezeichnet.

Es kommt für die Entscheidung der Frage nur darauf an, ob eine Verzichtserklärung in dem Schweigen des Gläubigers zu sehen ist. Der Verzichtsantrag als Antrag zu einer Verfügung setzt wie die Eigentumsübertragung den Rechtsaufgabewillen voraus. Der Erlaß setzt eine causa, ein Grundgeschäft, also Kauf, Tausch oder Schenkung, nicht voraus. Praktisch kommt aber kein Erlaß ohne Rechtsgrund oder irrtümlich als solchen betrachteten wirtschaftlichen Grund vor. Bei langem Warten mit der Geltendmachung einer Aufwertungsforderung, ja jeder Forderung überhaupt, ist kein solcher Grund ersichtlich. Allenfalls könnte Schenkung in Betracht kommen. Aber der Aufwertungsgläubiger hatte niemals die geringste Veranlassung, dem Schuldner etwas zu schenken. Er hatte voraussichtlich nur Angst vor einem verlorenen Prozeß oder es fehlte ihm die Möglichkeit, die tatsächlichen Verhältnisse seines Falles in eine ihm im Ergebnis bekannte Rechtsprechung einzuordnen. Nirgendwo liegt ohne weiteres Hinzukommen ein stillschweigender Verzicht vor. Der Rechtsgrund für einen Erlaß und mit ihm der Rechtsaufgabewillen fehlen.

Deshalb hat die Rechtsprechung verschiedentlich den Rechtsaufgabewillen durch eine objektive Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ersetzt[5]. Aber das ist ebenfalls nichts weiter als eine Vermutung dieses sog. Verzichtswillens, richtiger: Erlaßantrags. Nach der ständigen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre genügt das nicht, um einen Erlaßvertrag annehmen zu können[6]. Wenn dabei von jedem subjektiven Element

[1] Vgl. Anm. 4, S. 15. Ferner RG. 110, 113; RG. DJZ. 1926, Sp. 515; RG. 110, S. 127 ff. = JW. 1925, S. 948, Nr. 18 vom 27. 1. 1925.

[2] RG. JW. 1927, 1848; 28, 163, 485, Nr. 18, 1384, 2014; 31, 735; RG. 116, 143; 117, 211; 118, 375; 119, 231; RG. in DRZ. 1927, 375; Beisler JW. 1928, 1338; Best JW. 32, 1802; Danzer-Vanotti DRZ. 1932, S. 74; Lenz DJZ. 1928, Sp. 1188 ff.; Siebert DJZ 28, 1542; Sontag JR. 28, S. 21; von der Trenck JW. 28, 485 zu Nr. 19.

[3] Riezler, S. 159.

[4] Hoeniger, Schlichtungswesen, Bd. III, S. 6 ff., 78 ff., IV, S. 23 ff.

[5] RGR. Komm. § 397, Ziff. 1, Abs. II a. E.

[6] RG. 116, 316; 118, 63, 66; JW. 27, 2918, Nr. 15; RG. JW. 26, 180; Staudinger-Werner, § 397, Anm. I; Beisler, JW. 28, 1338.

abgesehen wird, so kann kein Verzicht und kein Erlaßvertrag vorliegen.

Die Tendenz dieser Rechtsprechung war, von der Schwierigkeit loszukommen, einen Antrag zu einem Erlaßvertrag feststellen zu müssen. Die Rechtsprechung versuchte zu klareren, „objektiven" Erfordernissen zu gelangen. So kam sie dazu, die Entscheidung ganz auf Treu und Glauben abzustellen und sich der „Verwirkung" anzunehmen.

Unter Verwirkung im Aufwertungsrecht versteht man eine hauptsächlich auf Zeitablauf beruhende Rechtsschranke. Niemand darf mit der Verwirklichung seines ihm bekannten Aufwertungsanspruchs aus längst abgewickelten Papiermarkgeschäften „ohne stichhaltigen Grund" lange warten und so „in dem Schuldner den Glauben erwecken, daß er das Geschäft endgültig als erledigt erachte. Richtet sich dieser darauf ein, so verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn der Gläubiger plötzlich mit einem Aufwertungsverlangen hervortritt[1]". Rechtsgrund ist stets § 242 BGB.[2], soweit nicht Unklarheiten aus dem Verhältnis zum stillschweigenden Verzicht entstanden waren und Verzicht angenommen wurde.

Diese höchstrichterliche Rechtsprechung ist stark angegriffen worden. Insbesondere hat man ihr vorgeworfen, sie führe zu sich widersprechenden Entscheidungen und damit zu starker Rechtsunsicherheit[3], sie verstoße gegen das positive Recht[4], wenn sie auch vielleicht rechtspolitisch erwünscht sei[5]. Aber auch das letztere wurde ihr vielfach abgestritten[6]. Im einzelnen wird insbesondere gegen die Verwirkung geltend gemacht, es sei nicht einzusehen, warum neben Verjährung, Ersitzung und Ausschlußfristen noch ein anderes Rechtsinstitut den Zeitablauf berücksichtigen solle, dies seien die einzigen Bestimmungen, die Rechten zeitliche Schranken setzten[7]. Schließlich wird vor allem

[1] RG. JW. 27, 1848, 660 = RG. 114, 404.

[2] RG. JW. 31, 2297; 30, 3745; 30, 2414, Nr. 27; 29, 1871; 29, 1643; OLG. JW. 28, 1835, Nr. 8; RG. JW. 28, 1390, Nr. 54; 28, 1384, Nr. 48; RG. Auf. Rspr. 1930, 176 (177 ff.); RG. v. 11. 12. 1928 Aufw. Kartei „Verwirkung", Nr. 17c.

[3] Beisler JW. 28, 1337; Best JW. 32, 1804; Hoche DRZ. 29, 299; Jacoby JW. 29, 1388, Anm. zu RG. das.; Lenz, DJZ. 28, 1188 ff.; Roth, JW. 28, 1335; Staud.-Werner, Einl. zum 3. Abschnitt S. 658; Stoll JW. 29, 1001 zu RG. das.; von der Trenck, Anm. zu RG. JW. 28, 485, Nr. 19.

[4] Beisler JW. 28, 1338; Roth JW. 28, 1335; Sontag JR. 28, 82; Stoll, Anm. zu RG. JW. 29, 1875, Nr. 6, S. 1877; Sontag DJZ. 28, 688 f.

[5] Roth JW. 28, 1336; Beisler JW. 28, 1338; von der Trenck JW. 28, 485; Mügel JW. 27, 2915 Anm.

[6] Best JW. 32, 1804; Zeiler, Anm. zu Zeiler Bd. 8, 1580; 9, 1816; 11, 2319.

[7] Beisler JW. 28, 1338; Hoche DRZ. 27, 298 ff. (299); Roth JW. 28, 1336; Salfeld JW. 28, 1339; Staud.-Werner, Einl. z. 3. Abschn., S. 658; Sontag JR. 28, 82; von der Trenck zu RG. JW. 28, 485.

noch geltend gemacht, der Schuldner könne, wenn er Wert auf eine Klärung der Rechtslage lege, selbst gegen den Gläubiger vorgehen, nötigenfalls die negative Feststellungsklage erheben[1]. Eine vermittelnde Ansicht, die aber die Verwirkung ebenso grundsätzlich ablehnt, glaubt dem Zeitablauf allenfalls Einfluß auf die Höhe der Aufwertung einräumen zu können[2]. Hiernach kann in erster Linie eine teilweise Verwirkung eintreten, vollständige Versagung kann nur ein Grenzfall sein. Es wird versucht, dies aus der Dogmatik des § 242 BGB. herzuleiten, insbesondere durch den Hinweis, daß dieser in der Regel nur Modalitäten der Leistung und nicht völliges Versagen der Leistung bestimme[3].

Trotz dieser Bedenken hat sich die Rechtsprechung zur Verwirkung im Aufwertungsrecht vollständig durchgesetzt. Praktisch ist in den Jahren von 1928 an wohl kaum ein Aufwertungsprozeß entschieden worden, in dem nicht zunächst die Frage der Verwirkung aufgeworfen worden ist.

Die Verwirkungslehre ist aber auch außerhalb der Rechtsprechung vielfach anerkannt worden[4]. Auch Mügel, der Altmeister des Aufwertungsrechts, erkennt sie in seiner klassischen Darstellung[5] unbedingt an. Schon früher hat er die Rechtsprechung in ihrer Begründung anerkannt, ohne allerdings den Ausdruck Verwirkung zu gebrauchen[6]. Er bejaht dort die Möglichkeit, daß ein Aufwertungsverlangen gegen Treu und Glauben verstoße, wenn beide Teile sich wirtschaftlich auf das Nichtbestehen des Aufwertungsanspruchs eingerichtet haben.

§ 5.

b) Begründung der Verwirkungslehre.

Die Rechtsprechung hat den Grundsatz entwickelt: „Wenn bei einem längst abgewickelten Geschäft der Gläubiger durch langzeitiges Stillschweigen in dem Schuldner den Glauben erweckt, daß er das Geschäft für erledigt erachte und dieser sich darauf einrichtet, so verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn er plötzlich mit einem Aufwertungsverlangen hervortritt“[7].

Dieser Satz wird auf § 242 BGB. gestützt. Die Richtigkeit dieser Begründung wird in der Rechtslehre verschiedentlich angezweifelt.

---

[1] Sontag JR. 28, 82; Hoche DRZ. 27, 298 ff. (299).

[2] von der Trenck JW. 30, 2364, 2365.

[3] Vgl. Anm. 2.

[4] Danzer-Vanotti DRZ. 1932, S. 74; Endemann DJZ. 1928, S. 692; Heinemann 935 ff.; Lenz DJZ. 28, 1188 ff.; Warneyer D. Steuer-Ztg. 1928, 353.

[5] Die Rechtsprechung üb. d. Verw. v. Aufw.anspr. JW. 30, 1042.

[6] Das gesamte Aufwertungsrecht, 5. Aufl., 1927, S. 226.

[7] RG. JW. 1927, S. 1848 vom 26. 4. 1926 und RG. 114, S. 404 = JW. 1927, S. 660.

In der Verwirkungslehre, wie sie vom Reichsgericht im Aufwertungsrecht entwickelt worden ist, ist dem § 242 BGB. die Fähigkeit beigelegt worden, die Geltendmachung eines Rechtes ganz auszuschließen, praktisch also, einen Rechtsverlust herbeizuführen. Es ist zunächst zu untersuchen, ob § 242 BGB. überhaupt einen derartigen Rechtsverlust herbeiführen kann.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Verwirkungslehre nimmt es an. Zur Begründung verweist sie lediglich auf Entscheidungen, die das Reichsgericht früher zu der sog. exceptio doli generalis und zu dem „illoyalen Zuwarten" gefällt hatte. Aber schon aus dem Wortlaut des § 242 BGB. können in doppelter Hinsicht Bedenken entstehen. „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

§ 242 BGB. spricht sich also seinem Wortlaut nach nur über die Verpflichtung des Schuldners aus. Der Gläubiger ist nicht erwähnt. Wissenschaft[1] und Rechtsprechung[2] leiten aber aus der gleichen Bestimmung auch den Satz her, daß der Gläubiger die Leistung nur im Rahmen von Treu und Glauben verlangen könne. Das ist berechtigt, weil es unmöglich der Zweck dieser Vorschrift sein kann, nur den Gläubiger zu schützen. Daß noch andere Vorschriften zum Schutze des Schuldners bestehen — § 226, § 826 BGB. —, spricht nicht dagegen. Sie setzen erheblich mehr voraus und betreffen andere Fälle. Eine unbefangene Auslegung des § 242 BGB. kann nur zu dem Ergebnis führen, daß der Schuldner im Rahmen von Treu und Glauben zu leisten hat, also auch nur nach Treu und Glauben zu leisten verpflichtet ist. Kann sich der Schuldner selbst dieser Bestimmung zu seinem Schutz bedienen, so liegt darin zugleich die Beschränkung des Gläubigerrechts dahin, nicht im Widerspruch zu § 242 BGB. zu fordern.

Vor allem scheint § 242 BGB. seinem Wortlaut nach unbedingt vorauszusetzen, daß überhaupt eine Leistung zu bewirken ist. Danach könnte er keinen Rechtsverlust herbeiführen[3]. „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken ....", das betont, daß nur die Art und Weise der Leistung, nicht das „ob (überhaupt)", sondern nur das „wie" sich nach Treu und Glauben zu richten habe. Es werden also dem Wortlaut nach nur die „Modalitäten der Leistung", Ort, Zeit und Gegenstand der Leistung durch § 242 BGB. beeinflußt. Zu dem „so" der Leistung gehört aber auch das Maß der Leistung[4]. Eine

---

[1] Staudinger-Werner, § 242 Anm. II, 1, Abs. 2; Planck 1; 3, c, *a* zu § 242; Soergel, Einl. 1. Teil, Bem. 2; Enneccerus I, 2 § 228 II, 1.

[2] Komm. RGR. 6. Aufl., Anm. 1 zu § 242.

[3] von der Trenck JW. 1928, 2365; Siebert DJZ. 1928, Sp. 1542.

[4] Fast allgemeine Meinung: Enneccerus § 228 II; Staud.-Werner § 242 Anm. II, 1, Abs. 2; Leonhard I, S. 74.

sinngemäße Auslegung des § 242 BGB. kann nur zu diesem Ergebnis führen. Weder Gläubiger noch Schuldner sollen an dem Wortlaut des Vertrags haften, nicht formale Rechtsstandpunkte einnehmen, soweit das gegen Treu und Glauben verstößt. § 266 BGB. steht dem nicht entgegen. Der Gläubiger braucht danach zwar Teilleistungen nicht anzunehmen. Werden ihm Teilleistungen angeboten, dann kann er die Rechte aus § 326 BGB. ausüben. Bei geringen Minderlieferungen kann das nicht gelten. Das wird denn meist auch aus § 242 BGB. geschlossen[1]. Würde man sich auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen, so würde strenges Recht angewendet werden. Die Grenze zwischen dem „wie" der Leistung und dem „was" ist verwischt. Ein begrifflicher Unterschied zwischen beiden besteht nicht. Auch mit dem Sprachgebrauch ist es vereinbar, das Maß der Leistung unter ihrer Art und Weise zu begreifen. Zwischen den üblicherweise Modalitäten der Leistung genannten Vertragspflichten und dem Maß der Leistung läßt sich also keine Grenze ziehen.

Darüber hinaus wird angenommen, daß nicht nur das Maß der Leistung, sondern auch ihr Bestehen oder Nichtbestehen von § 242 BGB. abhängig sein kann[2]. Das ist eine Folgerung aus dem Satz, daß das Maß der Leistung von § 242 abhängig sei. Denn es besteht kein denkgesetzlicher, sondern lediglich ein gradweiser Unterschied zwischen nichts und wenig. § 242 BGB. kann also auch den Anspruch des Gläubigers zum Erlöschen bringen.

Gegen die Begründung der Verwirkungslehre mit § 242 BGB. wird noch ein weiteres grundsätzliches Bedenken erhoben. In den weitaus meisten Fällen wird der Aufwertungsanspruch selbst bereits mit § 242 BGB. begründet. Manche Schriftsteller halten es deshalb für unrichtig, einmal zu prüfen, ob die Aufwertung erfolgen könne (auf Grund von § 242 BGB.) und dann wieder zu untersuchen, ob sie auf Grund der gleichen Vorschrift versagt werden müsse. Sie meinen, es bestehe entweder ein Aufwertungsanspruch oder er bestehe nicht. Der Konstruktion der Verwirkung bedürfe es nicht[3].

Diese Bedenken sind nicht gerechtfertigt. Die Rechtsprechung[4] geht mit Recht über sie hinweg.

Daß die Begründung mit § 242 BGB. unbedenklich ist, zeigt eine Betrachtung der normalen Aufwertungsfälle. Nach einer Papiermarkzahlung in entwertetem Geld trat in der Inflationszeit vollständige

[1] RG. 76, S. 150; RG. Seuff. Arch. Bd. 76, Nr. 22. Staudinger-Werner II, 2 zu § 242.

[2] Jung S. 684; RGR. Komm. 6. Aufl., Anm. 1 zu § 242, RG. 101, S. 169; ferner die vorige Anmerkung.

[3] von der Trenck JW. 30, 2364 f.; Sontag JR. 28, 81 f.; Hoche 300.

[4] Vgl. RG. JW. 28, 61.

Ruhe unter den Beteiligten ein. Jeder dachte, die Angelegenheit sei jetzt für ihn erledigt. Nach der Stabilisierung ergab sich dann vielfach, daß der, der einen Gegenstand geliefert hatte, zwar den vollen Wert aus seinem Vermögen gegeben hatte, aber nur einen Bruchteil des Wertes in Papiermark erstattet bekommen hatte; nach der Stabilisierung hatte er nichts mehr, der Gegner aber den ungeschmälerten Sachwert. Es entstand dann angesichts dieser Unbilligkeit die Frage, ob man die Papiermarkzahlung als Erfüllung betrachten müsse oder nicht. Die erste Auffassung war durch den Satz „Mark ist gleich Mark" gesetzlich geboten. Trotzdem betrachtete das Reichsgericht die Zahlung in entwertetem Geld nicht als Erfüllung. Es bezeichnete die Berufung auf den Satz „Mark = Mark" als Verstoß gegen Treu und Glauben[1]. Das verstieß gegen das Gesetz. Moralisch und wirtschaftlich war der Satz aber unbedenklich. Jetzt ist er mindestens gewohnheitsrechtlich gerechtfertigt. Jeder hatte also auf dem Umweg über § 242 BGB. seinen alten Anspruch ganz oder teilweise wieder erlangt. Durch die Verwirkungslehre wird auf diesen Aufwertungsanspruch § 242 BGB. noch einmal angewendet. Das ist weder dogmatisch unrichtig noch unmöglich. Denn es wird im Aufwertungsprozeß nicht die Entstehung des Aufwertungsanspruchs untersucht bei der Prüfung der Verwirkungsfrage, sondern es wird geprüft, ob der Aufwertungsanspruch durch nachherige Ereignisse irgendwie beeinträchtigt worden ist. Der allgemein anerkannten Einrede der Arglist würde man grundsätzlich die Anwendung in Aufwertungsfällen nicht versagen können[2]. Sie würde eine rechtsvernichtende Tatsache sein. Sie ist als solche unabhängig von den rechtsbegründenden Tatsachen zu prüfen. Da die Verwirkung auf den gleichen Rechtsgrund zurückgeführt wird, muß für sie das gleiche gelten. Für diese Annahme spricht vor allem das praktische Bedürfnis. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte durchweg betont, daß es für die Aufwertung nur auf die Umstände des Falls zur Zeit der Papiermarkzahlung ankomme. Die Verwirkung berücksichtigt die später eingetretenen Umstände. Die bereits oben, § 4, erwähnte Rechtsprechung über den Ausschluß zeitlich früh — vor dem 15. August 1922 — liegender Rückzahlung war aufgegeben worden. So blieb die Verwirkung das einzige Mittel, um das Wiederaufleben alter Tatsachen zu verhüten.

Damit hat die Rechtsprechung praktisch kein neues Rechtsinstitut geschaffen, das aus Billigkeitserwägungen heraus der Zeit auch außerhalb von Verjährung und gesetzlicher Befristung einen absolut entscheidenden Einfluß einräumt. In der Begründung hat namentlich das Reichsgericht sich gegen diese Behauptung verwahrt. Aber die Tat-

[1] RG. 107, S. 85 ff.
[2] Dafür auch Hoche DRZ. 1927, S. 300.

sache, daß § 242 BGB. auch die Höhe der Aufwertung beeinflussen kann und daß auch eine teilweise Verwirkung bei Geldzahlungsansprüchen eintreten kann, ist nicht genügend herausgearbeitet. Es bleibt immer noch der Anschein eines neuen ungesetzlichen Rechtsinstituts, das lediglich dazu bestimmt ist, die unerfreulichen Aufwertungsprozesse aus rechtspolitischen Gründen möglichst auszuschließen.

§ 6.

c) Geltungsbereich der Verwirkung im Aufwertungsrecht. Verwirkung von Ansprüchen auf Aufwertung lebenswichtiger Geschäfte. Verwirkung von Umwertungsansprüchen.

Für die rückwirkende Aufwertung von Ansprüchen aus lebenswichtigen Geschäften und Vermögensanlagen kann es bei folgerichtiger Anwendung der Grundsätze, die das Reichsgericht für die Verwirkung von Aufwertungsansprüchen aus Geschäften des täglichen Verkehrs aufgestellt hat, nicht zweifelhaft sein, daß eine Verwirkung grundsätzlich zuzulassen ist. Das gleiche muß für die sog. Umwertungsansprüche gelten, d. h. für die Ansprüche, bei denen durch die Papiermarkzahlung, die keinen oder nur geringen Wert hatte, keine oder keine vollständige Erfüllung bewirkt werden konnte. Der Satz „Mark gleich Mark" konnte auf solche Ansprüche keinen Einfluß haben. Trotz der Papiermarkzahlung bestand also in diesen Fällen (Enteignungsansprüche, Schadenersatzforderungen und Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung) trotz erfolgter Papiermarkzahlung der Anspruch auf Wertersatz ohne weiteres aus dem gleichen Rechtsgrund wie der ursprüngliche Anspruch. Einer Anwendung des § 242 BGB.[1] bedurfte es also in solchen Fällen nicht[2]. Es handelt sich nicht um einen eigentlichen Aufwertungsanspruch.

Die Aufwertung von Vermögensanlagen ist wie die der Forderungen aus Geschäften des täglichen Verkehrs und des Kaufmannslebens auf § 242 BGB. begründet. Ebenso wie bei den anderen Aufwertungsforderungen ist durch die Papiermarkzahlung lediglich eine teilweise Befriedigung eingetreten. Trotzdem läßt das RG. für Ansprüche aus lebenswichtigen Geschäften eine Verwirkung nur bei Vorliegen „besonderer Umstände" zu. Es begründet dies nur mit tatsächlichen Erwägungen. Es betont, daß der Aufwertungsschuldner durch den § 63 des Aufwertungsgesetzes auf die rechtliche Zulässigkeit der Aufwertung hingewiesen worden sei und weiter die besondere Wichtigkeit und Einmaligkeit derartiger Geschäfte. Es meint, schon deshalb habe der Schuldner wenigstens seit dem Inkrafttreten des Aufwertungsgesetzes mit einer Inanspruchnahme rechnen können. Das soll nach

[1] Vgl. RG. 107, S. 85 ff.
[2] RG. LZ. 1926, Sp. 1330 vom 22. 9. 1926.

Ansicht des Reichsgerichts diese Fälle von den „normalen" Aufwertungsfällen unterscheiden. Die neuerliche Inanspruchnahme durch den Aufwertungsgläubiger soll danach keine unerwartete sein[1].

Das Reichsgericht verneint also keineswegs grundsätzlich die Möglichkeit der Verwirkung dieser Ansprüche. Es hat lediglich hervorgehoben, daß den Ansprüchen aus lebenswichtigen Geschäften in der Regel ein anderer Tatbestand zugrunde liege.

Eine grundsätzlich verschiedene Behandlung der Aufwertung von Ansprüchen aus lebenswichtigen Geschäften war schon deshalb unmöglich, weil das Reichsgericht für diese wie für die anderen Aufwertungsansprüche § 242 BGB. als Rechtsgrund betrachtete. Aber auch der tatsächliche Unterschied kann das Erfordernis „besonderer Umstände" nicht begründen. Der vom Reichsgericht hervorgehobene Unterschied besteht. Die in Frage stehenden Geschäfte sind wichtiger. § 63 des Aufwertungsgesetzes hat grundsätzlich die Aufwertbarkeit der Vermögensanlagen anerkannt.

Trotzdem kann man der Rechtsprechung insoweit nicht folgen. Denn was für den Schuldner gilt, das gilt in gleichem Maße auch für den Gläubiger. Die Angelegenheit war also nicht nur für den Schuldner, sondern auch für den Gläubiger wichtig und geklärt. Dann konnte der Schuldner aber um so eher annehmen, daß der Gläubiger den Anspruch wenn überhaupt, dann alsbald geltend machen würde. Unterließ der Gläubiger das, dann konnte der Schuldner sich um so eher auf eine Nichtinanspruchnahme einrichten. Es kann allerdings auch in tatsächlicher Hinsicht ein Unterschied zu den normalen Aufwertungsfällen bestehen. Die Vermögensverschiebung ist bei lebenswichtigen Geschäften immer erheblich. Bei dem Schuldner wird häufig mehr vorhanden sein, während bei dem Gläubiger ein um so größerer Vermögensverlust eingetreten sein wird. Darauf weist das Reichsgericht aber nicht hin. Dieses Moment pflegt vielmehr unabhängig davon berücksichtigt zu werden.

Es ist also nicht berechtigt, bei Ansprüchen aus lebenswichtigen Geschäften eine Verwirkung nur bei Vorliegen „besonderer Umstände" zuzulassen.

Keine eigentlichen Aufwertungsfälle sind Umwertungen von Wertersatzansprüchen. Entgegen der Ansicht des Reichsgerichts und der ihm folgenden Lehre[2] schließt das die grundsätzliche Zulässigkeit der

[1] RG. JW. 32, 1055, Nr. 16; RG. JW. 32 1054, Nr. 15; RG. JW. 32, 592, Nr. 3; RG. Aufw. Rspr. 1931, 454 vom 22. 9. 1931; RG. Aufw. Rspr. 1930, S. 307, 278 ff.; 146; RG. JW. 30, 2414, Nr. 27; RG. JW. 29, 1964; RG. JW. 29, 179, Nr. 12; RG. Zeiler, Bd. XI, Nr. 2319; RG. 131, 225; RG. 124, 40.

[2] RG. JW. 31, 578; RG. JW. 29, 768, Nr. 43; RG. JW. 28, 507; RG. 119, 27; RG. 119, 38; Mügel JW. 30, 1044; Roth JW. 28, 1335.

Verwirkung nicht aus. Denn § 242 BGB. kann auch, ohne Grundlage des betreffenden Anspruchs zu sein, den Anspruch beeinträchtigen. Das geht für jeden schuldrechtlichen Anspruch aus Wortlaut und Stellung der Bestimmung hervor. Es trifft darüber hinaus für alle Ansprüche[1] zu, selbst über den Rahmen des bürgerlichen Rechts hinaus[2]. Grundsätzlich kann daher auch die vom RG. selbst mit § 242 BGB. begründete Verwirkungslehre auf Umwertungsansprüche Anwendung finden. Das Reichswirtschaftsgericht hat das unter Begründung mit der allgemeinen Natur des § 242 BGB. für Ansprüche aus dem Okkupationsleistungsgesetz zugelassen[3]. Das Reichsgericht hat verschiedentlich, vielleicht ohne es erkannt zu haben, das gleiche ausgesprochen[4]. Denn es hat bei Schadensersatzansprüchen, die ihre Grundlage in § 249 und nicht § 242 BGB. finden[5] und bei Bereicherungsansprüchen Verwirkung zugelassen[6]. In tatsächlicher Beziehung werden bei den meisten Umwertungen die gleichen Voraussetzungen wie bei Aufwertungen gegeben sein.

Die Schranken, die die Rechtsprechung der Verwirkung im Aufwertungsrecht zieht, sind mit der Begründung unvereinbar.

§ 7.

d) Die Aufwertung — ein „außerordentlicher Rechtsbehelf"?

Nach der Verwirkungslehre verliert der Aufwertungsgläubiger seine Rechte nach einer gewissen Überlegungsfrist. Die Nichtgeltendmachung während längerer Zeit, d. h. nach Verstreichen der Überblicksfrist, soll die wichtigste Voraussetzung der Verwirkung sein.

Die Rechtsprechung ist nur dann zu billigen, wenn der Gläubiger aus irgendeinem Grunde zu alsbaldiger Geltendmachung seiner Rechte verpflichtet ist. Eine solche Pflicht des Gläubigers besteht nicht bei jedem Anspruch, soweit sie nicht durch Gesetz oder Vertrag bestimmt ist und im Rahmen der Verjährung. Denn in der Regel ist es für den Schuldner günstig und erwünscht, wenn er möglichst spät in Anspruch genommen wird. Es ist also zu prüfen, ob eine solche Verpflichtung besteht und aus welchem Rechtsgrund[7].

Schon bevor die Verwirkungslehre entstand, gab es ein verwandtes Rechtsinstitut im Handelsverkehr. Rücktrittsrechte, Verzugsschaden-

[1] Für formstrenge Ansprüche, wie sachenrechtliche, allerdings nicht: RG. 93, 105; Warn. 10, Nr. 271.

[2] RG. JW. 32, 491; RG. DJZ. 29, Sp. 1615; RG. 113, 81.

[3] DJZ. 1931, Sp. 1390.

[4] RG. JW. 29, 1875; 28, 485; RG. 129, 402.

[5] RG. JW. 31, 578; Mügel JW. 30, 1044; Zeiler, Nr. 1728.

[6] RG. 129, 402; Auf.Kartei „Verwirkung", Nr. 21a.

[7] Ebenso Danzer-Vanotti DRZ. 1932, S. 75; Walsmann. Anm. zu RG. in JW. 1927, S. 2114, Nr. 14.

ansprüche, vereinbarte Rücktritts- und kassatorische Klauseln, sofortige Kündigungsrechte, sowie Kriegs- und Freizeichnungsklauseln waren in engen zeitlichen Schranken geltend zu machen. Die Sicherheit des Handelsverkehrs erforderte die alsbaldige Geltendmachung solcher Rechte. Treu und Glauben im Handelsverkehr gaben die rechtliche Grundlage dieser Verpflichtung ab[1].

Es ist unbedingt zutreffend, daß im Handelsverkehr strengere Anforderungen an zeitige Abwicklung von Rechtsgeschäften gestellt werden. Die Rechtsprechung zum Handelsrecht hat das wiederholt betont[2]. Aber nur in den wenigsten Aufwertungsfällen spielt das Handelsrecht eine Rolle. Darüber hinaus erfordert überhaupt der Rechtsverkehr bei gewissen Rechten eine beschleunigte Geltendmachung. Die Rechtsprechung hat sie meist als „außerordentliche Rechtsbehelfe" bezeichnet. Aus ihrer außerordentlichen Natur, insbesondere den ungewöhnlichen, stark in die Augen fallenden Folgen ihrer Geltendmachung, ist ihre Sonderstellung zu erklären. So ist das Erfordernis der Beschleunigung bei der Geltendmachung ebenso bei dem Handelsrecht fremden Ansprüchen betont worden[3]. Darüber hinaus kann langes Warten mit der Geltendmachung des Rechts überhaupt der dem Gläubiger dem Schuldner gegenüber obenliegenden Rücksichtnahme widersprechen[4].

Zeiler[5] hält das für den gesamten Rechtsverkehr, auch für den kaufmännischen, für unrichtig. In der Tat kann man nicht ohne weiteres von Handelsbrauch sprechen. Zeiler geht aber zu weit, wenn er damit dem Grundsatz von Treu und Glauben, den §§ 242 BGB. und 346 HGB. die Möglichkeit, den Rechtsverkehr zu beschleunigen, versagt. Denn § 242 BGB. gibt grundsätzlich auch dem Gläubiger Pflichten, gegenüber seinem Schuldner rücksichtsvoll aufzutreten[6]. Diese kann er sowohl bei einer zeitlich verfrühten als auch bei verspäteter Geltendmachung unter Umständen in gleicher Weise verletzen.

Das Reichsgericht hat die für die außerordentlichen Rechtsbehelfe entwickelten Grundsätze auch auf das Aufwertungsrecht übertragen. Es hat wiederholt ausgesprochen, daß die Aufwertung ein außer-

---

[1] Staub, Anhang zu § 374 HGB., Anm. 98, 147, 148; Düringer-Hachenburg, 3. Aufl., Bd. IV, § 346, Anm. 13c; Staudinger-Werner, Einl. z. 3. Abschnitt, S. 658.

[2] RG. 119, 236; RG. JW. 29, 179, Nr. 12; RG. JW. 29, 34; Jacoby JW 29, 1388 zu RG. das.; Staub, Anm. 16, S. 27 zu § 346 HGB.

[3] RG. Gruchot 47, 398; RG. JW 98, 111, Nr. 10 bei außerordentlichen Kündigungsrechten aus Miete und Pacht. RG. 123, S. 212 ff. (214).

[4] OLG. JW. 28, S. 1835, Nr. 8.

[5] Zeiler, Anm. zu Nr. 1580 seiner Aufwertungsfälle.

[6] Vgl. Anm. 25 zu § 3.

ordentlicher Rechtsbehelf sei, der nach Treu und Glauben nur binnen kurzer Frist geltend gemacht werden könne[1].

Es bestehen aber erhebliche Bedenken dagegen, daß die Aufwertung mit den Rechtsbehelfen, die die frühere Rechtsprechung als außerordentliche bezeichnet hat, auf eine Stufe gestellt wird.

Dagegen wird geltend gemacht, daß die Aufwertung überhaupt kein Rechtsbehelf in diesem Sinn, kein Gestaltungsrecht sei, sondern lediglich gesetzliche Folge eines Tatbestands. Die bloße Tatsache, daß das Aufwertungsrecht nicht von jeher im Rahmen des BGB. bestanden hat, gebe dem Aufwertungsrecht zwar einen außerordentlichen Charakter, zu einer Gleichstellung mit den Gestaltungsrechten berechtige sie aber nicht[2].

Richtig ist allerdings, daß die Aufwertung und das Aufwertungsverlangen keine Gestaltungsrechte sind. Es können nicht ohne weiteres die gleichen Regeln angewendet werden. Die Aufwertung ist nur Tatbestandsfolge aus § 242 BGB., jedenfalls die eigentliche Aufwertung, nicht die Umwertung nach der grundlegenden Entscheidung vom 28. November 1923[3]. Verlangt der Gläubiger Aufwertung und erkennt der Richter entsprechend, dann wird durch das Urteil kein neues Recht geschaffen — höchstens im Sinn der sog. materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie, die hier nicht interessiert —, sondern lediglich ein bestehender Zustand festgestellt. Das Reichsgericht hat diese Ansicht bestätigt[4]. Selbst wenn eine Aufwertungsquote von über 100% zugesprochen wird, wird in Höhe des 100% übersteigenden Betrags doch kein Gestaltungsurteil gefällt. Denn auch dieser Betrag bestimmt sich nach § 242 BGB.

Aber mit dieser Erwägung ist die Frage, ob aus der Natur des Aufwertungsverlangens heraus eine Verpflichtung zur alsbaldigen Geltendmachung folge, nicht entschieden. Es bleibt sich für Gläubiger und Schuldner gleich, ob die Aufwertung ein Gestaltungsrecht oder die Berufung auf eine Tatbestandsfolge ist. Der Gläubiger hat zwar bereits vor der Geltendmachung des Aufwertungsanspruchs sein Aufwertungsrecht. Der Schuldner nimmt aber immer erst mit dem Augenblick der Geltendmachung wahr, daß er zahlen müsse. Vorher glaubte der Schuldner gar nicht an seine Verpflichtung. Ebenso wie bei den

[1] RG. 117, 358 = JW. 1927, S. 2915 ff.; RG. JW. 1931, S. 2704; RG. Aufw.Recht 1930, 175, 61; RG. 131, 225; RG. JW. 1929, S. 3488, Nr. 2; RG. JW. 29, S. 34; Warn. 1927, Nr. 130; ebenso OLG. Frankfurt a. M. in JW. 30, 2447, Nr. 8; Stoll, JW. 30, 2448 zu OLG., S. 2447; Heinemann LZ. 1928, S. 936.

[2] Mügel JW. 1930, S. 1044; Best JW. 1932, S. 1803; Beisler JW. 1927, S. 1339.

[3] RG. 107, S. 85 ff.

[4] RG. 111, S. 63 = JW. 25, 1747, Nr. 2 vom 19. 6. 1925.

als außerordentliche Rechtsbehelfe bezeichneten Gestaltungsrechten wird er nach einer Zeit anscheinender Ausgeglichenheit zwischen den Parteien plötzlich mit einem Anspruch überzogen. Das ist das „Außerordentliche" des Aufwertungsverlangens. Den erwähnten Gestaltungsrechten gleicht es auch noch insofern, als ebenso wie bei ihnen wegen dieser Plötzlichkeit die wirtschaftliche Lage des Schuldners zum Wanken gebracht werden kann.

Die bloße Kenntnis des Aufwertungsrechts genügt aber nicht allein, um gerade eine Verpflichtung des Gläubigers zur Geltendmachung annehmen zu können. Der Schuldner hat diese Kenntnis ja ebenfalls. Denn die Rechtsprechung stellt zu Recht von einem gewissen Zeitpunkt an auf die widerlegbare Vermutung dieser Kenntnis ab[1]. Deshalb hätte sich der Schuldner ebenso gut rühren können. Diese Ansicht wird verschiedentlich vertreten[2]. Zur Begründung wird angeführt: Beide Parteien hätten Kenntnis von der Aufwertungsberechtigung. Wenn der Schuldner sich auf eine Nichtgeltendmachung einrichten wolle, dann müsse er sich dessen vorher versichern. Er habe daran ein besonderes Interesse, denn er wolle doch auch den Nutzen aus dem betreffenden Geld ziehen. Mit der gleichen Begründung wird dem Schuldner sogar zum Teil zur Pflicht gemacht, negative Feststellungsklage gegen den Gläubiger zu erheben. Die Rechtsprechung hat ein derartiges Verlangen nur gestellt, wenn der Schuldner aus irgendeinem Grunde annehmen mußte, daß er noch belangt würde[3].

Entscheidend dafür, ob der Gläubiger zur alsbaldigen Geltendmachung des Aufwertunganspruchs oder der Schuldner zur Erhebung der negativen Feststellungsklage verpflichtet ist, kann nur der tatsächliche Gang der Aufwertung sein. Er zeigt das Besondere, das Außerordentliche.

In allen Fällen, in denen die Gerichte Aufwertungsansprüche als verwirkt bezeichnet haben, ist etwas vorausgegangen, wonach die Parteien zunächst annehmen konnten, daß das betreffende Geschäft abgewickelt sei. Das war die Zahlung in der Überzeugung von der Richtigkeit des Satzes „Mark gleich Mark". Statt Zahlung kann auch später ein anderer Grund für eine solche Annahme entstanden sein[4], wie langes Ruhen eines Prozesses oder ähnliches[5].

---

[1] RG. JW. 27, 2915. Früher anders: RG. 117, S. 211.

[2] Jacoby JW. 29, 1388; Roth JW. 28, 1336; Sontag JR. 28, 81; RG. JW. 29, 179; Zeiler, Nr. 1392.

[3] RG. JW. 29, 179; RG. Zeiler, Nr. 1392.

[4] RG. JW. 1929, S. 1875, Nr. 5.

[5] RG. JW. 28, 2634; RG. Aufw.Rechtspr. 28, 668; Mügel JW. 30, 1044; RG. JW. 29, 1875, Nr. 6; RWG. DJZ. 1931, Sp. 1390; Zeiler, Bd. VII, Nr. 1318.

Dieses Moment begründet meiner Ansicht die Verpflichtung des Gläubigers, sich alsbald nach einer Überblicksfrist mit seinem Anspruch zu rühren, wenn er Kenntnis davon erlangt hat, daß er doch besteht. Denn bei der als Erfüllung bestimmten Handlung des Schuldners, der Einstellung des Prozesses, dem Vergleich, dem Fallenlassen weiterer Forderungen, hat der Gläubiger eine Handlung vorgenommen, durch die er hat erkennen lassen, daß er nichts mehr verlangen wolle. Der Gläubiger kann das ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen geäußert haben. Anders ist es nur in den Fällen, in denen er einen Vorbehalt gemacht hat[1]. Wenn der Gläubiger nicht alsbald nach Kenntnis oder ungefährer Vorstellung seines Anspruchs von diesem Verhalten abrückte, mußte er es gegen sich gelten lassen. Er darf nicht in dem Gegner den Glauben erwecken, er werde nicht mehr belangt. Dieser entsteht in der Regel, wenn nach Kenntnis des Aufwertungsanspruchs soviel Zeit verstrichen ist, wie man allenfalls zur Einleitung derartiger Maßnehmen benötigt (Überblicksfrist). Je nach der Schwierigkeit des zur Entscheidung stehenden Falls, der Person und des Wohnorts (Ausland!) der Parteien kann das verschieden sein.

Dieser Grundsatz ist bereits in den der Verwirkungslehre vorangehenden Entscheidungen enthalten, wenn auch nicht immer klar ausgesprochen. Das Reichsgericht hat verschiedentlich[2] Bezug genommen auf RG. 60, S. 348, 88 S. 262, 91, S. 347, RG. Warn. E. 1920, Nr. 192; RG. 88, S. 146; RG. 107, S. 108; RG. Warn. E. 1919, Nr. 22; RG. Warn. E. 1921, Nr. 38; RG. Seuff. Arch. Bd. 76, Nr. 75.

RG. 88, S. 143 ff. und RG. Warn. E. 1919, Nr. 22 behandeln allerdings Fälle, die in tatsächlicher Hinsicht anders liegen als die Aufwertungsfälle. Bei ihnen wird wesentlich auf Spekulationsabsicht abgestellt.

RG. Warn. E. 1920, Nr. 192: Die Parteien hatten einen Vergleich mit kassatorischer Klausel geschlossen. Am 1. September 1917 waren die Voraussetzungen der Klausel erfüllt. Es waren insgesamt fünf Raten rückständig. Dann zahlte der Schuldner ab. Trotzdem machte der Gläubiger am 27. November 1917 von der Klausel Gebrauch. Das Reichsgericht hat das für unzulässig erklärt, weil „Treu und Glauben wie die" kaufmännische „Verkehrsauffassung" fordern, „daß für den Regelfall von dem Recht in angemessener Frist Gebrauch gemacht werde". Nach RG. 60, S. 348 kann in einem ungebührlichen, langen Warten ein illoyales Verhalten gesehen werden, weil es einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen kann. Dabei handelte es sich um die Geltendmachung der Rechte aus § 326 Abs. I BGB. Das gleiche hat RG. 107, S. 108 für das vertragliche Rücktrittsrecht ausgesprochen.

[1] RG. JW. 29, 179, Nr. 12; RG. JW. 27, 1146.

[2] RG. JW. 27, 1848 und 2915 = RG. 117, 358 ff.; RG. JW. 29, 34.

RG. 91, 345 verneint zwar das Durchgreifen der Verwirkung, aber nicht aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich auch nicht mangels subjektiver Voraussetzungen. In all den angezogenen Entscheidungen, außer den beiden erstgenannten, ist die Geltendmachung der Rechte nur ausgeschlossen, weil der Berechtigte nicht innerhalb angemessener Frist von seinem Recht Gebrauch gemacht hatte, trotzdem er dazu nach Treu und Glauben verpflichtet war. Hinzu kommt lediglich noch eine Unbilligkeit bei Geltendmachung für den Gegner, nicht subjektive Momente, Arglist, Spekulationsabsicht oder ähnliches.

Beisler greift die Bezugnahme auf diese Entscheidungen an[1]. Er meint, sie lägen rechtlich und tatsächlich anders als die Aufwertungsfälle. Allerdings sind solche Unterschiede vorhanden. Das rechtfertigt aber nicht den grundsätzlichen Ausschluß der Verwirkungslehre. Denn es sind derartige Parallelen vorhanden, daß auch dies nicht grundsätzlich ausschließt, die Verwirkung im Aufwertungsrecht zuzulassen. Lediglich für die zwei ersten der angeführten Entscheidungen ist Beislers Polemik berechtigt. Die Entscheidungen werden hier von Gesichtspunkten getragen, die im Aufwertungsrecht keine Rolle spielen.

§ 8.

e) Geltendmachung des Aufwertungsanspruchs.

Das rechtzeitige Abgehen des Gläubigers von dem früheren Zustand geschieht am klarsten durch Klagerhebung. Die Verwirkung tritt aber im wesentlichen ein, weil der Schuldner annimmt, es sollte bei dem bisherigen Zustand auf die Dauer bleiben. Außer Klagerhebung muß deshalb eigentlich jedes wirkliche Zerstören dieser Annahme genügen.

Die Rechtsprechung zum Aufwertungsrecht hatte zunächst den Grundsatz aufgestellt, nur die Klagerhebung könne den Gläubiger von der Verwirkung bewahren[2]. Eine Begründung, warum gerade Klagerhebung gefordert wurde, wurde nicht gegeben. Erklärlich ist dies aus zwei Gründen. Einmal wollte man möglichst klare Abgrenzungen schaffen. Dann vor allem dachte man wohl an die Verjährung und die Erfordernisse der Unterbrechung. Das lag um so näher als, wie bei der Verjährung auch, im wesentlichen die Zeit beachtet wurde. In § 242 BGB. findet diese Annahme keine Stütze. Bei der Verjährung beruhen die strengen Erfordernisse einer Unterbrechung des Fristlaufs auf positiver gesetzlicher Vorschrift. Eine rechtsähnliche Anwendung läßt diese Sondervorschrift nicht zu.

---

[1] Beisler JW. 1928, S. 1339.

[2] RG. JW. 29, 1875, Nr. 6; Aufw.Rechtspr. 1931, 312; RG. JW. 1928, S. 1390, Nr. 54; RG. JW. 29, 179, Nr. 12; ebenso Best JW. 32, 1803, ohne Begründung.

Es genügt vielmehr, wenn der Gläubiger solche Maßnahmen ergreift, daß der Schuldner nicht mehr im Zweifel sein kann, daß er belangt wird. Dazu muß jede ernstliche, auf Durchsetzung des Anspruchs gerichtete Geltendmachung genügen. Schriftliche Geltendmachung ist nicht einmal erforderlich, auch mündliche genügt. Andererseits genügt es nicht, daß der Anspruch dem Schuldner mitgeteilt worden ist. Das wird meist einem bloßen „Sichberühmen" eines Anspruchs gleich zu setzen sein. Es genügt auch nicht, daß der Anspruch lediglich einmal, sei es auch klagweise, erhoben worden ist. Vielmehr kann es gerade, wenn zunächst der Gläubiger den Anspruch geltend machte, ihn dann aber auf Zureden oder Weigerung des Schuldners hin fallen ließ, besonders nahe liegen, daß der Schuldner glaubt, frei zu sein.

Das Zahlungsverlangen muß also nicht allein gestellt sein. Es muß auch eine ernstliche Durchsetzung des Anspruchs darstellen. Verwirkung wird auch eintreten, wenn nach erfolgloser außergerichtlicher Geltendmachung erhebliche Zeit bis zur Klagerhebung verstreicht.

Die Ansicht, daß eine Geltendmachung in diesem Sinn genüge, um die Verwirkung auszuschließen, hat sich denn auch in Rechtslehre und Praxis durchgesetzt[1].

§ 9.

f) Verschulden bei der Verwirkung.

Die Verwirkung kann nur mit § 242 BGB. begründet werden. § 242 BGB. ist seinem Wortlaut nach eine rein objektive Norm. Irgendwelche subjektive Tatbestandsmerkmale enthält er nicht. Es fragt sich, ob die Verwirkung trotzdem Verschulden des Berechtigten voraussetzt.

Die weitaus herrschende Ansicht nimmt an, daß der Berechtigte seinen Anspruch nicht verwirkt habe, trotz Zögerns mit der Geltendmachung, wenn dies entschuldigt, motiviert sei[2]. Damit kommt ein subjektives Merkmal in den Tatbestand der Verwirkung.

---

[1] RG. JW. 32, 592, Nr. 3; RG. JW. 32, 41; OLG. JW. 31, 626, Nr. 1; RG. JW. 31, 608; RG. JW. 31, 600, 597; 30, 2413, Nr. 25; 30, 3745, Nr. 11; Aufw.Rechtspr. 1931, 494, 353; 29, 1086; RG. vom 30. 1. 1930, Aufw. Kartei „Verwirkung", Nr. 28; Mügel JW. 30, 1044; Staud.-Werner, Einl. zum 3. Abschnitt, S. 659; Sontag JR. 28, 81.

[2] RG. JW. 32, 952 (Berechtigter muß Rechtsprechung verfolgen); RG. JW. 31, 3263, Nr. 5; OLG. Frankfurt a. M. JW. 30, 2447; RG. JW. 29, 179; RG. JW. 28, 1390, Nr. 54 (Kläger hatte Anlaß, zunächst Klärung der betr. Rechtsfrage abzuwarten); RG. JW. 28, 485, 161. RG. v. 19. 11. 1928, Aufw.Kartei Verw. Nr. 15c; Zeiler XI, Nr. 2319; RG. 131, 225; 117, 358 ff.; Best JW. 32, 1803; Mügel JW. 30, 1046; Zeiler, Anm. zu IV, Nr. 925.

Dagegen ist vereinzelt unter Berufung auf die objektive Fassung des § 242 betont worden, daß die Verwirkung ein Verschulden des Gläubigers nicht voraussetze[1].

Die Begründung der Verwirkung allein kann darüber Aufschluß geben, ob die Verwirkung ein Verschulden erfordert. Richtig ist es, daß es nach § 242 BGB. grundsätzlich nicht auf das Verschulden eines Teils ankommen kann. Die Leistung aus dem Schuldverhältnis wird unabhängig vom Willen der Parteien durch den Richter bestimmt.

Verwirkung tritt nun aber ein, weil der Gläubiger seinen Aufwertungsanspruch zu spät geltend gemacht hat. Dieses „zu spät" setzt voraus, daß eine Verpflichtung besteht, das Recht früher geltend zu machen. Sie besteht wegen der Notwendigkeit einer Beschleunigung des Rechtsverkehrs zwecks Rücksichtnahme auf den Schuldner. Im Gebiet des Schuldrechts hat der Gläubiger diese Verpflichtung nach den allgemein geltenden Regeln zu erfüllen. Die Verpflichtung rührte aus dem Vertragsverhältnis mit dem Schuldner her. Denn durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Aufwertung ist ja das alte Schuldverhältnis wieder aufgelebt, wenn auch in veränderter Form. Dem Schuldner gegenüber hat der Gläubiger aber nicht jedes Verhalten, sondern nur schuldhaftes Verhalten zu vertreten. Das gilt auch dann, wenn man diese Verpflichtung des Gläubigers nur als Nebenverpflichtung betrachtet. Der in den §§ 276, 280 usw. BGB. ausgesprochene Grundsatz gilt auch hier. Der Gläubiger kann also seinen Anspruch nur verwirkt haben, wenn er ihn schuldhaft verspätet geltend gemacht hat.

Einzelne neuere Entscheidungen sprechen nur scheinbar gegen diese Ansicht.

In RG. JW. 1932, S. 592 betont das Reichsgericht allerdings, daß, um Verwirkung annehmen zu können, nicht erforderlich sei, daß den Berechtigten ein Verschulden treffe. Schuldlos war der Berechtigte in diesem Fall bei einer früheren Auskunft an den Aufwertungsschuldner. Er hatte diesem gesagt, er habe keine Aufwertungsforderung mehr, weil er die Rechtslage damals noch nicht durchschauen konnte. Daß der Gläubiger dabei schuldhaft gehandelt haben müsse, wird auch nach der oben entwickelten Ansicht nicht verlangt. Deren Erfordernissen genügt diese Entscheidung. Denn das Reichsgericht wirft dem Gläubiger Nichtbeachtung der Aufwertungsrechtsprechung vor. Darin liegt der Schuldvorwurf.

In RG. JW. 1932, 1054, Nr. 15 stellt das Reichsgericht zunächst fest, daß keine Schuld des Berechtigten erforderlich sei, um Ver-

[1] RG. JW. 32, 1054, Nr. 15; JW. 32, 592, 942; RG. JW. 31, 2704; Zeiler XI, Nr. 2251.

wirkung annehmen zu können. Nachher wird aber ausdrücklich betont, daß das Zögern mit der Klagerhebung entschuldigt sei.

Zweifelhaft ist, ob in RG. JW. 1931, S. 2704 darauf abgestellt ist, daß die verspätete Geltendmachung schuldhaft erfolgt sein müsse, um Verwirkung annehmen zu können. Es wird ausgeführt: Eine persönliche Treuverletzung, wie Arglist, steht nicht allein in Frage. Es kommt auf die Gesamtheit der Umstände an. Dafür ist bloß fahrlässiges, ja auch völlig schuldloses Verhalten des Gläubigers in Betracht zu ziehen, denn die Sachlage auf seiner Seite ist nicht ausschließlich maßgebend. Da es sich dabei um die Frage handelte, ob zugunsten des Berechtigten berücksichtigt werden müsse, daß er im Jahr 1928 eine unrichtige Belehrung durch einen Anwalt erhalten hatte, so scheint es klar ausgesprochen zu sein, daß die verspätete Geltendmachung nicht unbedingt schuldhaft sein muß. An anderer Stelle der Entscheidung wird aber im Gegensatz dazu gesagt, die Rücksicht auf den Gang der Rechtsprechung habe eine frühere Geltendmachung erlaubt, der Kläger hätte die Möglichkeit gehabt, dem Beklagten einstweilen kundzugeben, daß er noch weitere Ansprüche zu erheben gedenke. Damit ist auch für diese Entscheidung festgestellt, daß der Berechtigte seinen Aufwertungsanspruch schuldhaft verspätet geltend gemacht hat. Wenn die „behauptete" Rechtsbelehrung durch einen Anwalt nicht berücksichtigt worden ist, so scheint das auch noch darauf zurückzuführen zu sein, daß sich das Reichsgericht wohl gescheut hat, dies überhaupt als Entschuldigung anzusehen. Ob das auf Beweisgründe zurückzuführen ist, ist nicht klar ersichtlich. Vielleicht spielte auch der Wunsch mit, dem Kläger das schuldhafte Verhalten seines Rechtsbeistandes anzurechnen.

Die erwähnten Entscheidungen betonen zu Recht, daß grundsätzlich zur Verwirkung Verschulden nicht erforderlich sei, um sie vom Verzicht abzugrenzen. Darüber hinaus kann man ihnen nicht folgen. In früheren Entscheidungen haben verschiedene Senate des Reichsgerichts betont, daß, um Verwirkung bejahen zu können, der Anspruch schuldhafterweise verspätet geltend gemacht sein müsse. Verschiedentlich hat das Reichsgericht dem verspäteten Aufwertungsverlangen stattgegeben, weil es entschuldigt war. So hat es dem Aufwertungsanspruch einer in Liquidation befindlichen Firma stattgegeben, obwohl er objektiv verspätet war. Zur Begründung hat es angeführt, der Liquidator habe erst später übersehen können, wer zur Klage legitimiert sei[3]. Das Zögern ist ebenfalls entschuldigt, wenn zwar seit der ersten Geltendmachung keine Klage erhoben ist, aber ununterbrochen Briefwechsel und Vorverhandlungen stattgefunden haben[4].

[1] RG. Aufw.Rspr. 29, 486; RG. JW. 28, 161 liegt in tatsächlicher Hinsicht anders: gleitende Preise waren vereinbart.

[2] RG. JW. 1932, 1054, Nr. 15 (IV. Senat).

Hatte der Kläger in einem gleichartigen Rechtsstreit keinen Erfolg, dann entschuldigt das eine Verzögerung der Klage[1]. Eine Entscheidung des zweiten Senats erklärt die Belehrung durch einen Anwalt als ausreichende Entschuldigung[2]. Erheblich ist die Tatsache, daß dem Kläger, einem einfachen Landmann, von juristischer Seite geraten worden ist, lieber noch zu warten[3]. Eine Verzögerung der Klage ist auch dann entschuldigt, wenn der Berechtigte keine Gelder zur Prozeßführung hatte[4]. Hohes Alter kann eine die Verwirkung ausschließende Entschuldigung sein[5], ebenso die Unklarheit der Rechtslage[6] und eine falsche Auskunft einer Reichsbehörde[7]. In Zeiler Bd. XI, Nr. 2319 stellt das Reichsgericht noch einmal ganz allgemein den Grundsatz auf, daß zwingende Gründe eine Verzögerung der Geltendmachung entschuldigen. Eine Plenarentscheidung, die allein die in diesen Entscheidungen gewonnenen Grundsätze hätte abändern können, ist nicht ergangen.

Deshalb kann den Entscheidungen, die eine Entschuldigung nicht zugunsten des Berechtigten berücksichtigen, keine besondere praktische Bedeutung beigelegt werden. Wie oft kennt der Aufwertungsschuldner seinen Gläubiger und erst recht dessen Vermögensverhältnisse nicht. Davon kann man deshalb auch nicht die Entscheidung über die Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit einer die Billigkeit berücksichtigenden Norm abhängig machen.

Eine klare Beantwortung der Frage, warum der Gläubiger seinen Anspruch innerhalb eines gewissen Zeitpunkts geltend machen muß, vermeidet diese Unklarheit. In der Rechtsprechung ist diese Frage noch nicht befriedigend beantwortet.

Eine Berücksichtigung der Schuld im Rahmen der hier vertretenen Ansicht ist mit der Begründung der Verwirkung durch § 242 BGB. vereinbar. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß der Aufwertungsgläubiger seinen Anspruch kennt und damit die Möglichkeit hatte, ihn nach Verstreichen einer Überblicksfrist geltend zu machen. Der in der Rechtsprechung entstandene Satz, daß eine besonders wichtige Entscheidung in Aufwertungssachen jeweils nach einer gewissen Zeitspanne allgemein bekannt sei, ist daher nur insoweit zutreffend, als er eine widerlegbare Beweisvermutung ist. Widerlegt werden kann sie durch das Dartun besonderer Entschuldigungsgründe.

---

[1] RG. JW. 30, 812.
[2] RG. Aufw.Respr. 30, 61, II. Senat.
[3] RG. Aufw.Respr. 29, 433, VI. Senat.
[4] RG. JW. 29, 179, II. Senat.
[5] RG. JW. 30, 2414, V. Senat.
[6] RG. JW. 28, 1390, Nr. 54.
[7] RG. JW. 31, 597 ff., I. Senat.

§ 10.

g) Interessenabwägung — Besitzstand.

Im Aufwertungsrecht wird Verwirkung angenommen, wenn infolge Zeitablaufs die Inanspruchnahme des Schuldners besonders unbillig sein würde. Er muß in seinen wirtschaftlichen Maßnahmen empfindlich getroffen werden. Nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen ist das der Fall, wenn er sich darauf eingerichtet hat, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, einen wertvollen Besitzstand für sich begründet hat[1].

Während in der Regel verlangt wird, daß der Schuldner besondere Maßnahmen dartut, die er im Glauben an die Nichtinanspruchnahme vorgenommen hat, geht der II. Senat des Reichsgerichts weiter. Die Interessenabwägung fällt seiner Ansicht nach auch dann zugunsten des Schuldners aus, wenn dieser, ohne sich tatsächlich auf die Nichtinanspruchnahme einzurichten, sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Länge der verstrichenen Zeit, auf die Nichtinanspruchnahme wirtschaftlich einrichten durfte[2].

Praktisch besteht kein erheblicher Gegensatz zwischen diesen beiden Anschauungen. Der vom II. Senat vertretene Satz ist vielmehr lediglich als eine Beweisvermutung, nicht als ausnahmslos geltender Rechtssatz aufzufassen. Insofern ist er nicht zu beanstanden. Denn wenn viele Jahre vergangen sind, liegt es auf der Hand, daß der Schuldner sich wirtschaftlich eingerichtet hat. Der Aufwertungsgläubiger kann diese Vermutung erschüttern, namentlich wenn er darlegt, daß der Schuldner ungeschmälert im Besitz der erlangten Sache ist und vielleicht sogar noch besondere Vorteile daraus gezogen hat. Eine weitergehende Bedeutung kann der Satz aber nicht haben. Es wäre mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, wenn es als unwiderlegbare Vermutung Geltung erlangte.

Dieses wirtschaftliche Einrichten soll besonders charakteristisch für das Aufwertungsrecht sein. Es ist in der Tat unverkennbar, daß häufig die plötzliche Belangung nach langer Zeit im Hinblick auf das „reine Grundbuchblatt" des Schuldners, auf seine sonstige Schuldenlast, auf seine wirtschaftliche Berechnung verhängnisvoll sein kann.

Die Unbilligkeit, die bei einer sehr späten Inanspruchnahme entstehen kann, wird aber verschiedentlich geleugnet. Es wird geltend gemacht, der Schuldner stehe sich nicht nur nicht ungünstig, sondern im Gegenteil besonders günstig, wenn er erst sehr spät belangt würde.

[1] RG. 117, 358; 114, 404; RG. JW. 32, 1054, 592, 41; 29, 179; 30, 2414, Nr. 27; 28, 3041; 27, 1848; Aufw.Respr. 30, 127; 29, 604; Heinemann, S. 941.

[2] RG. JW. 29, 3488; 30, 3745, Nr. 11; 31, 2704 (sämtlich II. Senat), ebenso RG. 29, 1965, VII. Senat und OLG. München JW. 28, 1835, Nr. 8.

Er habe das Geld ja um so länger nutzen können[1]. Allenfalls entstehende Unbilligkeiten könnten bei Bemessung der Höhe der Aufwertung[2] unabhängig von der Verwirkungsfrage beachtet werden. Der Schuldner habe häufig auch den Vermögensgegenstand — Grundstück — oder dessen Gegenwert noch; wenn er jetzt befreit würde, so hätte er einen unverhältnismäßigen Vorteil[3]. Wirtschaftliches Einrichten auf Nichtinanspruchnahme könne bei der Aufwertung ebensowenig einen Einfluß auf die Schuld haben wie bei jedem anderen Rechtsverhältnis auch, weil der Schuldner doch mit der Inanspruchnahme bis zum Ablauf der Verjährungsfrist zu rechnen habe[4]. Verwirkung sei zum mindesten dann ungerechtfertigt, wenn der Schuldner bei der Inanspruchnahme weiter keinen Nachteil erleiden könne als den Verlust der stillen Hoffnung, nicht mehr belangt zu werden[5]. Eine allenfalls bestehende Unbilligkeit könne nicht von jedem Schuldner jedem Gläubiger gegenüber geltend gemacht werden, namentlich nicht von einer Großbank gegenüber einem kleinen Rentner[6], von einer Körperschaft mit erheblichen Mitteln gegenüber einem Einzelwesen[7].

Diese gegen die Rechtsprechung gerichteten Angriffe sind grundsätzlich nicht berechtigt.

Daß der Aufwertungsschuldner den geforderten Betrag eine längere Zeit nutzen könne, wird in den weitaus meisten Fällen nicht praktisch werden. Es kommt überhaupt nur in Betracht, wenn er den auf Grund des Rechtsgeschäfts erlangten Gegenstand noch hat. In allen anderen Fällen wird er den dafür erlangten Gegenwert durch die Geltentwertung nicht gerettet haben oder ihn mangels ausreichender Aktiven nicht für sich haben arbeiten lassen können. Aber selbst wenn er den durch das ursprüngliche Geschäft erlangten Gegenstand noch hat oder den Gegenwert wertbeständig angelegt hat, kann doch durch die Plötzlichkeit der Inanspruchnahme eine erhebliche Unbilligkeit entstehen. Die Aufwertungsforderung ist ja eine Geldforderung. Insbesondere kann der Gegenstand zu einem wesentlichen Bestandteil der Existenz des Aufwertungsschuldners geworden sein.

Die Rechtsprechung besagt aber auch keineswegs, daß schematisch Verwirkung angenommen werden müsse, sondern berücksichtigt die Umstände des Einzelfalls. Diese Tatsachen werden sowohl bei der

[1] Beisler JW. 1928, S. 1339; Sontag JR. 28, 81; Zeiler, Anm. zu Bd. IX, Nr. 1816; Staud.-Werner, Einl. zum 3. Abschnitt, S. 657f.

[2] Beisler, JW. 1928, S. 1339; Roth JW. 1928, S. 1337; Weygand JW. 1929, S. 1389.

[3] Roth JW. 28, 1337.

[4] Best JW. 32, 1802.

[5] Best JW. 32, 1803; Zeiler, Anm. zu IX, Nr. 1816.

[6] Beisler JW. 28, 1337.

[7] Vgl. den Fall RG. in Aufw.Kartei „Verwirkung", Nr. 15c.

Verwirkung als auch bei der Frage nach der Höhe der Aufwertung beachtet[1]. Die Rechtsprechung hat wiederholt ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die für die Verwirkung entwickelten Grundsätze auch Einfluß auf die Bemessung der Aufwertung haben können[2].

In jedem gewerblichen Betrieb kann eine nachherige Belangung die Arbeit der vergangenen Jahre vernichten und Berechnung über die Wirtschaftlichkeit auf Jahre hinaus über den Haufen werfen. Landwirte sehen sich zu weitgehender Verpfändung ihres Grundbesitzes genötigt. Durch die besondere Häufigkeit der Fälle wird nicht nur in Einzelfällen eine wirtschaftliche Existenz vernichtet. Die Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes liegt sogar im öffentlichen Interesse.

§ 11.

h) Ganze und teilweise Verwirkung des Aufwertungsanspruchs.

Die Rechtsprechung des Aufwertungsrechts hat, soweit ersichtlich, kein einziges Mal der Verwirkung tatsächlich einen Einfluß auf die Höhe der Aufwertung eingeräumt. Erwähnt ist allerdings verschiedentlich[3], daß der Gläubiger sein Aufwertungsrecht auch teilweise verwirken kann. Dem Gläubiger ist aber stets das Aufwertungsrecht nur ganz unbeeinflußt von den für die Verwirkung geltenden Grundsätzen oder eben gar nicht zuerkannt worden.

Dagegen wird geltend gemacht, diese Rechtsprechung sei unvereinbar mit der Begründung durch § 242 BGB[4]. § 242 habe in der Regel nur einen Einfluß auf die Modalitäten der Leistung, und wenn man auch für möglich halten könne, daß er den Bestand der Leistung beeinträchtige, stelle die Annahme völliger Verwirkung doch immer einen Grenzfall dar. Das beachte die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht. Sie prüfe vielmehr immer nur, ob die Voraussetzungen der Verwirkung gegeben seien und weise gegebenenfalls die Klage in vollem Umfang ab. Nahe liege es, zu untersuchen, ob eine teilweise Verwirkung eintreten könne und dann erst die viel unwahrscheinlichere Frage zu stellen, ob der Aufwertungsanspruch ganz versagt werden könne[5].

---

[1] RG. JW. 31, 597 ff.; 28, 1390, Nr. 54; Aufw.Respr. 29, 604; RG. vom 4. 12. 28 in Aufw.Kartei „Werklohn" 5a—b.

[2] RG. DJZ. 1929, Sp. 1614; Aufw.Kartei „Verwirkung", Nr. 15c. RG. 114, 399 ff.; RG. in Seuff. Arch. 81, 138, Nr. 87; RG. JW. 32, 1055, Nr. 16; RG. Aufw.Respr. 30, 278; RG. 117, 358 ff. = JW 27, 2915 ff; RG. JW. 31, 597 ff.

[3] Vgl. Anm. 1.

[4] Beisler JW. 28, 1337 ff. (1339); von der Trenck zu RG. JW. 28, 485, Nr. 19.

[5] von der Trenck a. a. O. und RG. JW. 30, 2364 ff.

Es scheint hier allerdings auf den ersten Blick so, als sei die Verwirkung in Wirklichkeit ein besonderes Rechtsinstitut.

Es täuscht nun aber, wenn man sagt, daß das Reichsgericht alles oder nichts zuspreche. In der Regel bekommt der Aufwertungsberechtigte nur einen Teil des Goldwerts zugesprochen. Weiter ist es auch recht erklärlich, daß das Reichsgericht selbst sich mit einer derartigen Frage nicht endgültig befaßt hat. Die Entscheidung über die Höhe der Aufwertung oder der Verwirkung ist in der Regel nur in dem Grenzfall der 100%igen Verwirkung Rechtsfrage, sonst dem Reichsgericht verschlossene Tatsachenuntersuchung. Daß die Begründung der Verwirkungslehre mit § 242 BGB. dazu zwingt, auch eine teilweise Verwirkung zuzulassen, hat das Reichsgericht verschiedentlich anerkannt. Außerhalb der reichsgerichtlichen Rechtsprechung sind keine Entscheidungen bekannt geworden, in denen Grundsätze der Verwirkung wirklich zu einer teilweisen Rechtsversagung geführt hätten. Damit ist aber nicht gesagt, daß immer die in der Verwirkungslehre zur Geltung gekommenen Grundsätze keinen Einfluß auf die Bestimmung der Höhe gehabt hätten. Schließlich ist die Bezeichnung Verwirkung nicht für den teilweisen Untergang eines Rechts gebräuchlich. Treten die Voraussetzungen einer Verwirkungsklausel ein, so kann das von ihr betroffene Recht überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden. Das gleiche gilt, wenn das Gesetz (z. B. § 123 Abs. II Gew. O.) der Sache nach eine Verwirkung vorsieht. Die Rechtsprechung über die zeitige Geltendmachung außerordentlicher Rechtsbehelfe, auf die sich die Rechtsprechung zur Verwirkung im Aufwertungsrecht bezieht, sieht ebenfalls nur eine volle Rechtsversagung vor. Die außerordentlichen Rechtsbehelfe lassen eine andere Möglichkeit gar nicht zu, so z. B. Rücktritts-, Freizeichnungs-, Kriegs- und Verfallklauseln sowie Rechte auf fristlose Kündigung.

Anders ist es bei den Ansprüchen, auch soweit sie unter die „außerordentlichen Rechtsbehelfe" fallen, die nur auf Geldzahlung gehen. Irgendwelche Ansätze dazu, aus welchen tatsächlichen Erwägungen heraus man zu einer teilweisen Verwirkung gelangen könne, hat die Rechtsprechung aber, wie gesagt, nicht erkennen lassen.

Insofern ist die Begründung der Verwirkungslehre mit § 242 BGB. unbedenklich.

§ 12.

i) Verhältnis zu Verjährung und Ausschlußfrist.

Verjährung und Fristen berücksichtigen den Zeitablauf. Voraussetzung ist, daß gesetzlich genau festgesetzte Zeiten verstrichen sind. Die Verwirkungslehre berücksichtigt den Zeitablauf ebenfalls. Wie bei den Ausschlußfristen wird hier nicht allein der bloße Zeitablauf, sondern

noch anderes berücksichtigt. Bei den Ausschlußfristen wird Verschulden berücksichtigt, ebenso bei der Verwirkungslehre, die aber außerdem nebenher noch eine Interessenabwägung anordnet. Die Verwirkung nähert sich also der Ausschlußfrist. Sie wird denn auch als eine „von der Starrheit befreite Ausschlußfrist" bezeichnet[1].

Trotzdem wird verschiedentlich darauf hingewiesen, daß für Verwirkung neben Verjährung und Ausschlußfristen kein Raum mehr sei, weil diese allein den Zeitablauf berücksichtigten und damit die Möglichkeit einer Berücksichtigung auf andere Weise ausschlössen[2]. Die Rechtsprechung hat allerdings gerade den Hauptwert darauf gelegt, daß erhebliche Zeit seit der ersten möglichen Geltendmachung verstrichen sei[3]. Und einzelne Entscheidungen betonen so ausdrücklich, daß bei Ansprüchen auf Aufwertungen von Vermögensanlagen und lebenswichtigen Geschäften der Zeitablauf allein nicht ausreiche, um Verwirkung zu bejahen, daß man annehmen könnte, bei allen, anderen Aufwertungsansprüchen müßte es genügen[4]. Aber keine der veröffentlichten Entscheidungen stellt den Grundsatz auf, daß die Zeit allein außer im Fall der Verjährung dem Aufwertungsanspruch entgegengestellt werden könne. Selbst die weitgehendsten Entscheidungen berücksichtigen die zeitliche Verspätung nur neben den anderen dem Aufwertungsanspruch entgegenstehenden Umständen. „Mit dem Vorschreiten der Zeit tritt aber naturgemäß die zeitliche Verspätung mehr in den Vordergrund der entgegenstehenden Umstände"[5]. Die Verwirkung ist also kein Sonderfall der Verjährung oder der gesetzlichen Befristung.

Die Institute der Verjährung und Befristung haben nicht das alleinige Privileg, Rechte zu entkräften, die der Wirklichkeit nicht mehr entsprechen. Der in ihnen zum Ausdruck gekommene Gedanke geht weit über ihre enge gesetzliche Normierung hinaus. Er ist in den Rechtsinstituten der Ersitzung, Verschollenheit und Verschweigung von Nachlaßforderungen weiter ausgebildet. Stets werden dabei Rechte, die mit der Rechtswirklichkeit nicht mehr in Einklang stehen, dieser

[1] Heinemann 936, der aber übersieht, daß sie in der Regel auch Verschulden voraussetzt. Endemann 694 bezeichnet Verwirkung ebenfalls als Ausschlußfrist.

[2] Hoche DRZ. 1927, S. 298ff.; Beisler JW. 28, 1338; Salfeld JW. 28, 1339; Sontag JR. 28, 82; Roth JW. 28, 1336; Best JW. 32, 1802; Staud.-Werner, Einl. zum 3. Abschnitt, S. 658; Stoll, Anm. zu RG. JW. 29, 1875, Nr. 5; Weigand zu RG. JW. 29, 763, Nr. 37; Walsmann zu RG. JW. 27, 2114 in JW. 27, 2570; Zeiler, Anm. zu Bd. I, Nr. 43.

[3] RG. JW. 32, 41; 31, 600; 31, 2704; 30, 3745; 30, 2414.

[4] So die Entscheidungen Aufw.Respr. 1930, 146 = JW. 30, 812 und die der vorigen Anmerkung.

[5] RG. JW. 31, 2704, II. Senat vom 30. 1. 1931.

angepaßt unter Aufopferung eines Rechtes oder einer Machtstellung. Das Interesse an der Aufrechterhaltung des tatsächlich bestehenden Zustands ist mehr wert als die Aufrechterhaltung eines Rechtszustands, der eine bloße Idee ist. Der Berechtigte hat selbst das ihm formell zustehende Recht als ihm unwichtig bezeichnet. Damit ist es zum Unrecht geworden. Formale Rechte und Erfordernisse des Lebens werden gegeneinander abgewogen. Bei ihnen allen spielt der Zeitablauf die wesentlichste Rolle.

Auch der germanische Rechtsgedanke der Verschweigung, der von Endemann[1] zur Begründung der Verwirkung herangezogen worden ist, ist damit vereinbar. In § 1974 BGB. ist dieser Gedanke gesetzlich anerkannt worden. Endemann bezeichnet nun gerade diese altgermanische Verschweigung als wissenschaftliche Grundlage der Verwirkungslehre[2], ohne dabei zu verkennen, daß das noch einer Stütze im positiven Recht bedarf. Als solche bezeichnet er wieder § 242 BGB. Endemanns Bezugnahme auf die Verschweigung ist angegriffen worden[3]. Sontag ist dem unter Bezugnahme auf rechtsgeschichtliche Werke[4] entgegengetreten mit der Behauptung, die Verschweigung sei dem deutschen Recht fremd. Daran trifft wohl zu, daß die ausdrückliche Bezeichnung als Verschweigung nicht üblich ist. Aber selbst wenn nur die Erlangung „rechter Gewere" zu einem Rechtsverlust des Eigentümers führen kann, so liegt doch auch darin wieder eine Parallele zu den anderen konservativen Rechtsideen. Die Zeit hat auf die Erlangung rechter Gewere einen nennenswerten Einfluß. Darüber hinaus hat Endemann[1] aber auch das wirkliche Kernproblem der Verwirkungslehre in Angriff genommen, nämlich die Frage, warum gerade der Gläubiger zu zeitiger Geltendmachung seines Aufwertungsanspruchs verpflichtet sein soll. Dazu hat er dem Sinne nach ausgeführt: Die Rechtswohltat rückwirkender Aufwertung an sich erledigter Forderungen darf und muß nach Treu und Glauben an die Voraussetzung geknüpft werden, daß sich der Verkäufer rechtzeitig rührt und nicht durch sein Schweigen den Schuldner darauf vertrauen läßt, daß die Zahlung ganz abgegolten sei.

Die Beeinträchtigung der Rechte durch den Zeitablauf ist also ein durch das ganze Recht ziehender Grundsatz. Dieser Rechtsgedanke ist erweiterungsfähig. Aus dem gleichen Grund wie in den gesetzlich klar umrissenen Rechtsgedanken, die ja alle einen Zwang auf als-

[1] DJZ. 1928, Sp. 692 ff.

[2] DJZ. 1928, Sp. 693.

[3] Sontag DJZ. 1928, Sp. 868 f.; Staud.-Werner, Einl. zum 3. Abschnitt S. 658.

[4] Brunner Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte, 5. Aufl., S. 198; Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 5. Aufl., S. 738.

baldige Geltendmachung der Rechte ausüben, besteht bei den außerordentlichen Rechtsbehelfen die Verpflichtung, sie alsbald geltend zu machen. Es ist unerheblich, daß diese zeitliche Beschränkung nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt ist. Denn das bürgerliche Recht gibt gerade für solche Fälle eine Blankovorschrift — Treu und Glauben. § 242 BGB. läßt die Interessenabwägung im Einzelfall zu. Bei den bereits erwähnten Rechtsinstituten war das im Gesetz generell erfolgt. Das berechtigte Interesse muß geschützt werden. Zur Durchsetzung dieser vom rechtspolitischen Standpunkt aus unbedingt richtigen Forderung kann § 242 BGB. dienen. Er gibt dem Richter die Macht zur Rechtsschöpfung. Versuche der Rechtsschöpfung auf diesem Boden sind verschiedentlich gemacht worden. Keiner hat in Rechtsprechung und Wissenschaft so viel Anklang gefunden wie Aufwertung und Verwirkung.

§ 13.

k) Rechtsunsicherheit als Folge der Verwirkungslehre.

Jede Berufung auf § 242 BGB. hat freilich sehr viel Mißliches. Denn es zeigt sich dabei notwendig seine Unbestimmtheit, seine Verschwommenheit. Der Rahmen des Gesetzes ist so weit und es sind daher so viel Umstände bei der Untersuchung sog. gleichliegender Fälle zu prüfen, daß häufig die Überzeugung entsteht, es würde von Fall zu Fall willkürlich entschieden[1]. Meist liegt das daran, daß in den veröffentlichten Entscheidungen der Tatbestand nur unvollkommen wiedergegeben ist. Es kann also in der Regel gar nicht gesagt werden, daß die „Fälle" wirklich „gleich liegen". Daraus erklärt sich der Entrüstungsruf gegen die Verwirkungslehre. Es wird in weitestem Umfang, selbst von solchen Stimmen, die die Verwirkungslehre grundsätzlich anerkennen, auf die dadurch entstandene Rechtsunsicherheit hingewiesen[2].

Ist die Begründung aus § 242 BGB. zutreffend, dann kann eine eventuelle Rechtsunsicherheit nicht grundsätzlich gegen die Verwirkungslehre angeführt werden. § 242 schafft durch die Berücksichtigung aller Umstände bei der Interessenabwägung einen sehr weiten Spielraum für die Tatsachenerforschung und Tatsachenwürdigung. Wenn also der Vorwurf der Rechtsunsicherheit gemacht wird, dann kann er nie eine Ablehnung der Verwirkungslehre begründen. Er ist nur eine Mahnung an die Rechtsprechung zur Heraus-

[1] So Jacoby RG. JW. 1929, 1388; Roth JW. 28, 1336.

[2] Beisler JW. 28, 1337; Best JW. 32, 1804; Endemann DJZ. 1928, Sp. 695; Hoche DRZ. 1927, S. 299; Jacoby zu RG. JW. 29, 1388; Lenz DJZ. 28, 1188 ff.; Stoll zu RG. JW. 29, 1001 und zu RG. JW. 29, 1875, Nr. 6; von der Trenck zu RG. JW. 28, 485, Nr. 19; Weygand zu RG. JW. 29, 763, Nr. 38 in JW. 29, 1389.

arbeitung einheitlicher und klarer, entscheidender Gesichtspunkte. Die im allgemeinen ruhige Betrachtung, der sich die Verwirkung jetzt erfreuen kann[1], ist nur noch selten von entrüsteten Äußerungen gegen die Verwirkung durchbrochen[2]. Das spricht meines Erachtens doch schon ganz wesentlich dafür, daß die Rechtsprechung wenigstens im Ergebnis das Richtige getroffen hat. Jedenfalls ist der Vorwurf willkürlicher Rechtsfindung vollkommen ungerechtfertigt. Denn darauf, daß die deutschen Richter die Tatsachen nicht willkürlich betrachten, kann man trauen. Daran ändern auch großartige Artikel über Vertrauenskrise der Justiz, sog. Tatsachendarstellungen und Leitsätze politischer Parteien nichts. Diese Äußerungen sind zu 99% aus persönlicher Enttäuschung oder sachlicher Unkenntnis entstanden.

2. Verwirkung im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht.

§ 14.

Von Verwirkung spricht man aber nicht allein im Aufwertungsrecht. Auch im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht hat sie Bedeutung erlangt. Sie hat sich hier nach dem Krieg durchgesetzt. Die Entwicklung der Rechtsprechung verlief nicht geradlinig. Die maßgebenden Entscheidungen sprachen zunächst nicht von Verwirkung[3]. Neuere Entscheidungen erst hoben diese Bezeichnung ausdrücklich hervor[4]. Das Schrifttum zum Zeichenrecht gebraucht diesen Ausdruck ebenfalls[5]. So hat sich eine Verwirkungslehre durchgesetzt, die etwa folgenden Satz aufgestellt hat: Der Zeicheninhaber hat sein Recht verwirkt, wenn er es trotz Kenntnis des Verhaltens des Verletzers ohne besondere Gründe so lange nicht geltend gemacht hat, daß für den Beklagten ein wertvoller Besitzstand entstanden ist[6].

Die älteren der Entscheidungen, die vor allem wegen Zeitablaufs — sog. langen „Zuwartens" — den Schutz des verletzten Zeichens ablehnten, begründeten den Rechtsverlust mit einem Verstoß gegen die guten Sitten des Wettbewerbs und die Lauterkeit des Zeichenrechts-

[1] Vgl. die Aufsätze von Danzer-Vanotti in DRZ. 1932, Sp. 74, und Siebert JW 32, 2384 f.; vor allem Mügel JW 30, 1043 ff.

[2] Best JW 32, 1804 gehört hierhin.

[3] RG. 114, S. 363 (Vox-Entscheidung); RG. 111, 197 (Goldina); RG. JW. 27, 1565, Nr. 7; RG. JW 27, 774 Ziff. 9 = M. u. W. XXVI, 255 (Waldorf Krone); RG. JW. 29, 1206, Nr. 3.

[4] RG. JW. 32, 942 ff. = RG. 134, S. 38 = DJZ. 1932, Sp. 356 f.; RG. JW. 32, 878, Nr. 11; RG. JW. 31, 2965, 1901, 410; RG. JW. 30, 1694 = RG. 127, S. 321 ff.; RG. in DRZ. Beil. 1930, Nr. 329 und RG. JW. 28, 2080.

[5] Reimer JW. 28, 2064; Siebert JW. 32, 942 ff.; Becher, Anm. 97 ff. zu § 1; Rosenthal 40 ff.; 230 f.; Callmann, Anm. 40 zu § 1, S. 113 f.

[6] Vgl. dazu RG. 127, S. 321 ff.

verkehrs[1]. In Wirklichkeit kann aber in den wenigsten Fällen von Unlauterkeit oder gar von einem Verstoß gegen die guten Sitten die Rede sein.

Eine Durchsicht der Entscheidungen zeigt das. Die bekannteste der grundlegenden Entscheidungen ist zwischen den Firmen Grammophon und Vox ergangen[2]. Die Grammophongesellschaft hatte seit längerer Zeit für sich das Defensivzeichen „Grammofox" eingetragen. Die beklagte Vox-Gesellschaft hatte seit 1920 für sich das Zeichen „Vox" eingetragen. Seit dem 12. Januar 1921 hatte sie dies Zeichen geführt. Davon hatte die Klägerin alsbald Kenntnis genommen. Acht Monate nach Einführung des Zeichens VOX hat sie auf Unterlassung geklagt. Sie hat auch dann noch nicht ihr Zeichen Grammofox in Gebrauch genommen. Daraus schließt das Reichsgericht, daß die Klägerin ihr formales Zeichenrecht nicht in den Grenzen ausgeübt habe, die das Recht höherer Ordnung ziehe. Es nimmt an, die Klägerin habe mit der Unterlassungsbitte die Grenzen des lauteren Wettbewerbs und der guten Sitten überschritten. Es macht ihr den Vorwurf unlauterer Handlungsweise und der Verletzung materiellen Rechts, wenn sie die durch die gute Einführung des Zeichens Vox erlangte Stellung der Beklagten zerstören wolle. Aber die Grammophon-Gesellschaft wollte das Zeichen Vox gar nicht für sich brauchen, auch nicht ihr altes Zeichen Grammofox. Sie will also nicht etwa die Früchte aus der Arbeit der Beklagten ernten, sondern lediglich ihr altes Zeichen aufrechterhalten. Von Schädigungsvorsatz und damit überhaupt von einem Verstoß gegen die guten Sitten zeichenrechtlichen Verkehrs kann nach der veröffentlichten Entscheidung keine Rede sein[3].

Die Waldorf-Krone-Entscheidung versagt einem Vorratszeichen, das seit 10 Jahren für die Beklagte eingetragen war, ohne daß es benutzt wurde, den zeichenrechtlichen Schutz[4]. Die Klägerin hatte für eine gute teure Zigarette unter Aufwand erheblicher Mühen und Kosten die Bezeichnung „Batschari-Krone" zum Schlagwort gemacht. Nach einiger Zeit benutzte die Beklagte für eine billige Zigarette ihr altes Vorratszeichen „Waldorf-Krone". Die Klägerin verlangte Unterlassung des Gebrauchs dieses Zeichens. Das Reichsgericht gab der Klage statt mit der Begründung, daß die Beklagte durch die Benutzung ihres eigenen Vorratszeichens gegen die Regeln des lauteren Wettbewerbs und die guten Sitten verstoßen habe. Den Vorsatz erblickt das Reichs-

[1] RG. 111, 197 (Goldina); RG. JW. 27, 108 (Vox); RG. JW. 27, 1569 (Typobar); RG. JW. 27, 774, Nr. 9; RG. JW. 29, 1206, Nr. 3; RG. JW. 27, 1565, Nr. 7.

[2] RG. JW. 27, 108 = RG. 114, 363.

[3] Im Ergebnis ebenso Reimer JW 28, 2064.

[4] RG. JW. 1927, S. 774, Nr. 9.

gericht darin, daß die Beklagte trotz Klagerhebung und Erstattung von Sachverständigengutachten das Zeichen weiter benutzt hatte (ursprünglicher mala fides gleichstehende mala fides superveniens). Dieser Fall neigt mehr als der der Vox-Entscheidung zum unlauteren Wettbewerb hin. Die Beklagte ist ja hier auch einen Schritt weiter gegangen. Sie will nicht nur festgestellt haben, daß ihr Zeichen noch weiter besteht, sondern benutzt es zum Wettbewerb mit der Klägerin. Die Verwirkung ist also eigentlich nur Vorfrage für die Entscheidung des Rechtsstreits. Es fragt sich, ob, unabhängig von der wirklichen Benutzung des Zeichens, die Beklagte dies noch geltend machen konnte. Das kann ebensowenig wie bei der Vox-Entscheidung mit einem Verstoß gegen die guten Sitten oder die Lauterkeit des Wettbewerbs begründet werden. Die nachherige Benutzung des Zeichens ist allerdings unlauterer Wettbewerb. Denn die Beklagte gebrauchte ein Zeichen, das ihr nach formalem Recht zustand, zu dem Zweck oder mit dem Vorsatz, die Früchte der Arbeit der Klägerin zu ernten. Das ist aber kein Fall der Verwirkung, sondern lediglich eine Bestätigung des allgemeinen Satzes, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten auch dann vorliegen kann, wenn dem Schädiger ein formales Recht zur Seite steht.

Im Typobar-Fall[1] benutzte die Beklagte seit 1908 fortlaufend eine Typenbezeichnung, die eine Erfindung der Klägerin war. Die Klägerin wußte das, unternahm aber nichts dagegen. Unter diesen Umständen beanstandet das Reichsgericht ein unverhältnismäßig langes, durch keine besonderen Gründe gerechtfertigtes Zuwarten der Klägerin mit der Geltendmachung ihres vermeintlichen Rechts. Es führt aus: Nach Lage der Sache sei ein Vorgehen der Klägerin zu erwarten gewesen. Der Verletzer habe annehmen dürfen und müssen, der Berechtigte habe nichts gegen sein Verhalten einzuwenden. Das gleiche gelte, wenn der Kläger auf diese Weise einen wertvollen Besitzstand für den Beklagten habe entstehen lassen, dessen Zerstörung nicht mehr mit der Notwendigkeit eines Verbots unlauteren Wettbewerbs gerechtfertigt werden könne.

Dabei kommt es nach der Ansicht des RG. wesentlich auf den guten Glauben des Verletzers an. Die Entscheidung hebt hervor, daß es für die Frage der Verwirkung nur wesentlich sei, ob „das Verhalten des Verletzers unvereinbar sei mit den guten Sitten des geschäftlichen Wettbewerbs", obwohl der angebliche Verletzte jahrelang „oder wenigstens während längerer Zeit nichts dagegen unternommen" habe. Das sind Grundsätze, die mit dem Warenzeichenrecht des Verletzten nichts zu tun haben. Insbesondere wird dem Verletzten nicht vorgeworfen, er verstoße gegen die guten Sitten, wenn er von seinem Rechte Gebrauch mache. Trotzdem ist die Entscheidung noch von

[1] RG. 127, S. 321 ff. (322 ff.).

zeichenrechtlichen Grundgedanken getragen. Sie ist nichts weiter als eine Begrenzung des Begriffs der Wettbewerbshandlung. Sie steht und fällt mit zeichenrechtlichen Erwägungen. Sie betont z. B. ausdrücklich, daß eine Verwirkung eines Zeichenrechts nur dann möglich ist, wenn keine Verkehrsverwirrung vorliegt.

Die neueren Entscheidungen unterlassen denn auch die Heranziehung dieser Rechtssätze. Sie stellen es nur noch auf eine Interessenabwägung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Zeichenrechtsverkehr ab. Damit ist für die Verwirkung im Zeichenrecht ein wesentlich erweiterter Geltungsbereich geschaffen. Sie kann selbst dann eingreifen, wenn die Zeichenverletzung ursprünglich unlauter gewesen ist und wenn eine Verwechslungsfähigkeit zwischen den beiden Zeichen nicht besteht[1]. Wie im Aufwertungsrecht beruht demnach die Verwirkung im Zeichenrecht auf einem Verstoß des Berechtigten gegen Treu und Glauben.

Eine der neuesten Enscheidungen[2] führt aus: Es „beruht der Gedanke der sog. Verwirkung im Wettbewerbsrecht und dem einen Teil davon bildenden Warenzeichenrecht nicht auf ersitzungsähnlichen Gesichtspunkten, auch nicht auf dem Erfordernis, daß dem Kläger bei Verfolgung seines Anspruchs eigener unlauterer Wettbewerb zur Last falle, sondern auf dem das ganze Wettbewerbsrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben, der der Rechtsverfolgung entgegensteht, wenn sie so spät erfolgt, daß der andere Teil seinen inzwischen mit Mühe und Kosten geschaffenen Besitzstand für einen vom Kläger geduldeten und erlaubten ansehen durfte".

Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht hat für Vorrats- und Defensivzeichen besondere Bedeutung erlangt[3]. Das erklärt sich dadurch, daß für die Beurteilung der Verwirkungsfrage erheblicher Wert auf den Ablauf längerer Zeit gelegt wird. Gerade die Defensivzeichen, die ursprünglich nur zum Schutze gegen solche neuen Zeichen eingetragen werden, bei denen die Verwechslungsfähigkeit mit dem Hauptzeichen fraglich ist und die Vorratszeichen, die aus dem gleichen oder einem anderen Grunde für einen eventuellen späteren Gebrauch aufgehoben werden, kommen oft lange Zeit nicht zum Vorschein. Der Zeicheninhaber wird sich in der Regel erst dann auf sie besinnen und sie benutzen oder sie geltend machen, wenn ein Dritter mit ähnlichen Zeichen

[1] RG. JW. 30, 1694; 31, 410, 1901, 2965; RG. MuW. 30, 440, 560; Reimer JW. 28, 2065. Anders RG. JW. 28, 2080 vom 13. 3. 1928.

[2] RG. vom 27. 10. 1931 (II. Senat) in JW. 32, 942ff. = RG. 134, 38.

[3] Vgl. die Vox- und Waldorf-Krone-Entscheidungen a. a. O. Ferner RG. JW. 28, 2084, Nr. 10; Becher Anm., 100 zu § 1.

ihm Konkurrenz zu machen beginnt und er die Bedeutung dieser Konkurrenz verspürt. Dann wird es aber nach der Rechtsprechung meist schon zu spät sein.

Die Rechtsprechung geht davon aus, daß der Zeichenrechtsverkehr besondere Erfordernisse habe. Dazu gehört ihrer Ansicht nach eine alsbaldige Geltendmachung der Zeichenrechte, wenn eine Störung erfolgt, sei es, daß sie aus unlauteren Motiven, sei es, daß sie in gutem Glauben erfolgt.

Es besteht also im Wettbewerbsrecht die gleiche Frage wie im Aufwertungsrecht auch: Besteht eine Verpflichtung zur alsbaldigen Geltendmachung von Rechten? Wie im Aufwertungsrecht ist das zu prüfen. Da eine gesetzliche Befristung des Zeichenrechts nicht besteht, kann die rechtliche Grundlage allenfalls in § 242 BGB. und § 346 HGB. gefunden werden. Die Verpflichtung kann nur ein Ausfluß der dem Gläubiger seinem Schuldner gegenüber obliegenden Rücksichtnahme oder eines noch weitergehenden Grundsatzes sein. Wie in der Rechtsprechung über das „illoyale Zuwarten" diese Verpflichtung aus der Eigenschaft als außerordentlicher Rechtsbehelf entstand, kann das auch hier nur auf der besonderen Eigenschaft des Zeichenrechts beruhen. Ebenso wie im Aufwertungsrecht auch, kann das Zeichenrecht in rechtlicher Hinsicht nicht einem außerordentlichen Rechtsbehelf gleichgestellt werden. Es ist kein Gestaltungsrecht wie es die „außerordentlichen Rechtsbehelfe" sind. Aber anders als sonstige Unterlassungsansprüche hat das Zeichenrecht für den Bestand und die Konkurrenzfähigkeit einer Firma eine besondere Bedeutung. Die Erzeugnisse einer Firma sind unter ihrem Zeichen bekannt. Das Publikum kennt meist nicht die Firma, sondern nur das Zeichen. Die ganze Reklame konzentriert sich auf „das" Zeichen. Es ist deshalb schon nach kurzer Arbeit für ein Zeichen ein ganz erheblicher Wert für die Herstellerfirma in ihm verkörpert. Gerade bei Vorhandensein gleicher oder wenigstens verwechslungsfähiger Vorrats- oder Defensivzeichen anderer Firmen entsteht so leicht neben einem seit langer Zeit eingetragenen Recht, das für die Ursprungsfirma natürlich auch einen gewissen Wert hat, ein neues, lebendiges Zeichen. Das alte Zeichen ist dazu bestimmt, dem Konkurrenten die Benutzung verwechslungsfähiger Zeichen unmöglich zu machen. Das ist sein Wert. Das neue Zeichen hat unmittelbar nach seiner ersten Benutzung oder Eintragung den gleichen Wert. Nach seiner Einführung ist es ein bei weitem wertvolleres Recht. Die bloße Tatsache, daß im Zeichenrecht so verhältnismäßig schnell Werte größten Ausmaßes entstehen können, verpflichtet alle Berechtigten zur Klarstellung der Rechtsverhältnisse, zumal durch ein plötzliches Verbieten des Zeichengebrauchs diese Werte plötzlich vernichtet werden würden und damit Existenzen zugrunde gehen könnten. Mit dem

Zeichen steht und fällt in der Regel die Firma. Eine gewisse Schädigung des alten Berechtigten läßt sich dabei nicht leugnen. Im Verhältnis zu dem Interesse, das der neue Zeichenbenutzer hat, ist sein Interesse aber gering. Deshalb besteht die Verpflichtung zur Klarstellung der Zeichenrechtsverhältnisse.

Entsteht durch die Nichtachtung dieser Verpflichtung eine derartige tatsächliche Lage, dann fordert ein gerechter Ausgleich der beiderseitigen Interessen eine Versagung des alten, unbenutzten, leblosen Zeichenrechts gegenüber dem neuen, wertvollen, lebendigen Zeichenrecht, das Arbeit und Kosten enthält. Grundlage der Versagung des Schutzes für solche unbenutzten Rechte ist § 242 BGB. in Verbindung mit § 346 HGB. Entscheidend für deren Anwendbarkeit ist die Bedeutung des Zeichenschutzes im Wirtschaftsleben.

Ein Widerspruch gegen die grundsätzliche Zulassung der Verwirkungslehre im Wettbewerbsrecht ist nicht zu ersehen. Aber man muß sich von vornherein darüber klar sein, daß die wenigen Entscheidungen, die bisher auf diesem Gebiete ergangen sind, für den Kaufmann noch nicht den Anhalt geben, den er notwendig braucht. Jede einzelne Entscheidung hängt derart von konkreten Gegebenheiten ab, daß nahezu ein Leitfaden durch die Rechtsprechung notwendig ist. Zudem hat die Rechtsprechung in wenigen Jahren erheblich gewechselt. Der Verwirkung ist ein immer größeres Anwendungsgebiet zugeteilt worden. Man kann sagen, daß keine rechte Klarheit besteht. Aber das zeigt schließlich eine jede Berufung auf Treu und Glauben. Das ist denn auch das einzige, was gegen diese Rechtsprechung des Reichsgerichts aus grundsätzlichen Erwägungen heraus geltend gemacht worden ist[1].

Anerkannt ist, daß Treu und Glauben auch im Gebiet des Wettbewerbsrechts Geltung haben. Die Begründung ist also die gleiche wie im Aufwertungsrecht. Die rechtlichen Folgerungen müssen demnach ebenfalls die gleichen sein, wenn nicht andere tatsächliche Erwägungen hinzukommen.

Damit ist grundsätzlich Voraussetzung der Verwirkung im Wettbewerbsrecht, daß der Berechtigte mit seinem Recht schuldhaft zu spät hervorgetreten ist. Es ist mit den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht vereinbar, wenn vereinzelt von diesem Erfordernis abgesehen wird[2]. Die für den Verletzer ungünstige Lage ist dadurch hervorgerufen, daß der Verletzte sein Recht zu spät geltend gemacht hat. Das kann diesem nur dann

[1] Elster JW. 27, 1569 zu RG. JW. 27, 1565, Nr. 7; Reimer JW 28, 2064; Siebert JW. 32, 943 zu RG. JW. 32, 942 ff.

[2] RG. JW. 32, 942 ff.; Siebert JW. 32, 942 f. zu RG. JW. das.

zum Vorwurf gemacht werden, wenn es schuldhaft erfolgte[1]. Es kann deshalb durchaus nicht nur auf die Verhältnisse des Beklagten abgestellt werden.

§ 15.

3. Verwirkung im Arbeitsrecht.

In einem dritten großen Sonderrechtsgebiet, dem Arbeitsrecht, hat die Verwirkungslehre Boden gefaßt.

Im Arbeitsrecht herrscht Streit um die Frage, ob ein Arbeitnehmer auf Lohnteile, die ihm nach dem Tarifvertrag zustehen, wirksam verzichten kann. Vielfach vereinbaren Arbeitnehmer, letzten Endes immer, um nicht entlassen zu werden, untertariflichen Lohn. Im Laufe ihres Arbeitsverhältnisses nehmen sie untertariflichen Lohn ohne Widerspruch an. Kommt es aber nachher aus irgendeinem Grunde doch zur Entlassung, dann verlangen sie häufig im Klagweg die Beträge, die ihnen nach dem Tarifvertrag zustanden. Das können erhebliche Rückstände sein. Denn nur die zweijährige Verjährung (§ 196 Abs. I Ziff. 9 BGB.) kann ihre Ansprüche begrenzen. Die Unabdingbarkeit der Tarifvertragsnormen macht zuungunsten der Arbeitnehmer abweichende Einzelvereinbarungen nichtig. Durch derartige Mehrforderungen können für den betroffenen Arbeitgeber aber starke Unbilligkeiten entstehen[2]. Entgegen der jahrelangen Berechnung seines Gehälterkontos, seiner Steuerberechnung und seiner Bilanz muß er — wenn es sich um eine größere Zahl von Arbeitnehmern handelt — Deckung für einen sofort zahlbaren großen, um die Zinsen vermehrten Betrag suchen.

Die Arbeitgeber versuchten sich dagegen zu wehren. Sie wiesen darauf hin. daß in der widerspruchslosen Annahme untertariflichen Lohns ein Verzicht der Arbeitnehmer auf die Tarifgebührnisse zu erblicken sei. Die Unabdingbarkeit der tariflichen Bestimmungen stehe nicht entgegen, weil der Lohn bereits fällig gewesen sei.

Rechtsprechung und Wissenschaft haben weitgehend anerkannt, daß ein derartiger Verzicht möglich sei[3]. Dabei soll der Verzicht stillschweigend, d. h. durch schlüssige Handlungen erfolgen. Die Entgegennahme des untertariflichen Lohns soll den Verzichtswillen des Arbeitsnehmers zum Ausdruck bringen. Da es sich um schuldrechtliche Ansprüche handelt, ist Verzicht nur in der Form eines Erlaßvertrages (§397 BGB.) möglich. Der Schwerpunkt liegt für die Bearbeiter dieser

[1] Vgl. oben § 9 der Arbeit.

[2] Heinemann, S. 937.

[3] RAG. JW. 30, 2152; JW. 28, 1664 ff., 1077; RG. JW 27, 241; RAG. Bensh. Sammlg. II, Nr. 1, 3, 27, 73; Bd. III, Nr. 12, 18, 36; Bd. IV, Nr. 32, 34, 96—98; Bd. V, Nr. 30, 115. Kaskel, S. 40; Hueck, Tarifvertrag S. 115ff.; Oertmann, Arbeitsvertrag S. 74, Anm. 1; Staub HGB. § 59, Anm. 33 c.

Streitfrage regelmäßig darin, ob sich derartige Vereinbarungen mit dem Unabdingbarkeitsprinzip vertragen oder nicht.

Oft ist allerdings ein Verzicht auch deshalb abgelehnt worden, weil es dem betreffenden Arbeitnehmer an einem Verzichtswillen gefehlt habe[1], weil er unter wirtschaftlichem Druck durch den Arbeitgeber gestanden habe[2]. Tatsächliche und tarifrechtliche Bedenken sprechen also gegen die Annahme eines stillschweigenden Erlaßvertrages. Hinzu kommen Bedenken aus der vertraglichen Natur des Erlasses.

Es ist die Annahme des stillschweigenden Erlaßantrages erforderlich. Darüber wird meist kein Wort verloren[3]. Die Annahme kann nach § 151 BGB. gegeben sein. Ein Stillschweigen auf das Angebot genügt, weil in der Regel nach der Verkehrssitte eine ausdrückliche Annahme nicht notwendig ist. Oft wird man auch auf einen Verzicht auf eine ausdrückliche Annahme schließen können, z. B. aus den entsprechenden Äußerungen bei der Auszahlung des Lohns.

Aber eines wird nur selten vorliegen, einerlei, ob ein wirtschaftlicher Druck auf den Arbeitnehmer erkennbar wird oder nicht: ein Erlaßantrag des Arbeitnehmers. Der Arbeiter will in dem Betrieb bleiben, deshalb nimmt er widerspruchslos untertariflichen Lohn entgegen; deshalb unterschreibt er vielfach eine sog. Ausgleichsquittung, d. h. eine Bescheinigung darüber, daß er keinerlei Ansprüche gegen den Arbeitgeber mehr habe. Bestände nicht die Möglichkeit einer Entlassung für ihn, so würde er nicht daran denken, sich mit dem niedrigeren Lohn zufrieden zu geben. Der Grund kann nicht der abgeänderte Arbeitsvertrag sein, denn der wäre nichtig, was den Arbeitern auch bekannt ist, weil das gegen das Unabdingbarkeitsprinzip verstoßen würde. Ein sonstiges entgeltliches Grundgeschäft ist nicht ersichtlich. Allenfalls könnte Schenkung in Frage kommen. Aber der Arbeitnehmer denkt gar nicht daran, seinem Arbeitgeber, dem wirtschaftlich Stärkeren, irgend etwas schenkweise zuwenden zu wollen. Dazu hat er keine Veranlassung.

Er hält die Zeit für die Geltendmachung seiner vollen tariflichen Lohnforderung aus dem oben genannten Grund nicht für gekommen. Eine andere Erklärung für sein Verhalten gibt es nicht[4]. Das ist dem Arbeitgeber ebenso klar wie dem Arbeitnehmer auch. Jedes Verhalten eines Berechtigten, also auch eine schlüssige Handlung, ist zwar einer Auslegung nach Treu und Glauben zugänglich. Wenn aber auf beiden Seiten die wahre Ursache der Nichtgeltendmachung bekannt ist, kann die Auslegung nicht zu der Annahme eines Verzichts, sondern nur zu einer entschiedenen Ablehnung führen.

[1] RAG. Bensh. Sammlg. V, 115; RAG. JW. 30, 2152.
[2] Vgl. Hueck-Nipperdey, Bd. II, § 24 IV 1, a, δ.
[3] Anders nur Hueck-Nipperdey II, Bem. IV unter 1.
[4] Ebenso Heinemann 938; Hueck-Nipperdey Bd. II, § 24, 5, Anm. 24, S. 238; Hoeniger Schl. W. III, 7 ff.; 78 ff.; IV, 23 ff.

Eine Vermutung in anderer Richtung ist nach geltendem Recht nicht gegeben. Eine solche Vermutung würde auch mit den Tatsachen nicht zu vereinbaren sein.

Der Arbeitnehmer hat also seinen Lohnanspruch noch, trotzdem er den niedrigeren Lohn widerspruchlos angenommen hat. Er wartet aber jetzt noch längere Zeit — vielleicht bis zu zwei Jahren — mit der Geltendmachung, heißt also seine frühere Handlung gut. Erst lange Zeit später macht er seine vermeintlichen Rechte geltend.

Gegen die dann unter Umständen entstehende Unbilligkeit versuchten sich die Arbeitgeber, ganz ähnlich wie die Schuldner im Aufwertungsrecht, mit der Verwirkung zu wehren[1].

Grundsätzlichen Widerspruch hat diese Ansicht bisher nur bei Nipperdey[2] gefunden. Er nimmt an, dem stände die Unabdingbarkeit der Tarifvertragsnormen entgegen[3]. An anderer Stelle stimmt allerdings Nipperdey der Verwirkungslehre zu mit den Worten[4]: „Verwirkung nach Maßgabe des § 242 ist an sich auch bei dem unabdingbaren Tariflohnanspruch denkbar. Praktisch wird man nur selten von Verstoß gegen Treu und Glauben sprechen können, solange der Arbeitnehmer bei Geltendmachung der Ansprüche mit Kündigung rechnen muß."

Hamburger[5] und Danzer-Vanotti[6] halten in diesem Fall eine Verwirkung ebenfalls für möglich. Letzterer begründet seine Ansicht eingehend: Es handele sich nicht darum, ob der Tarifanspruch gemindert werde, sondern lediglich darum, ob der ungeminderte Tarifanspruch innerhalb einer bestimmten Frist geltend gemacht werden muß. Eine Beschränkung durch Verwirkung sei ebenso zuzulassen wie durch Verjährung. Er führt aus, Verwirkung und Verjährung räumten der Zeit einen Einfluß auf den Tarifanspruch ein, was die Unabdingbarkeit nicht verhindern könne.

Ausschlaggebend spricht für diese Ansicht, daß das Unabdingbarkeitsprinzip hier überhaupt gar nicht in Betracht kommen kann. Denn es handelt sich um eine kraft Gesetzes eintretende Minderung der Rechte des Arbeitnehmers. „Abdingen" setzt aber eine vertragliche, von dem Parteiwollen beeinflußte Änderung voraus.

Das Reichsarbeitsgericht erkennt den Verwirkungsbegriff an. Mehr und mehr lassen seine Entscheidungen erkennen, daß bei verspäteten Klagen auf Tariflohn nicht mehr auf stillschweigenden Verzicht, sondern

[1] Hoeniger a. a. O.; Giesecke Gruch. 67, 216; Priebe DJZ. 1925, Sp. 662; Heinemann 936; Hamburger 94; RAG. Bensh. III, S. 58; RAG. Bensh. 9, 492 und 496 (nicht Verwirkung genannt, aber gemeint).

[2] Lehrbuch II, § 24, III, 5, S. 237.

[3] Ebenso Nipperd. Beitr. 58.

[4] Anm. zu RAG. Bensh. 9, 496 das., S. 500 ff.

[5] S. 94.

[6] S. 75.

auf Treu und Glauben abgestellt wird[1]. So wird ausgeführt[2]: „Treu und Glauben läuft es zuwider, wenn die Kläger erst im Juli 1927 mit Ansprüchen hervorgetreten sind, die sie während einer langjährigen Arbeitszeit nicht erhoben haben." In der Überschrift dieser Entscheidung ist ausdrücklich von Verwirkung die Rede. Nach der Begründung anderer Entscheidungen muß man sich diese Überschrift denken[3].

Nicht nur für diese Fälle, sondern auch in anderen Fällen hat das Reichsarbeitsgericht die Verwirkungslehre anerkannt. In einer neueren Entscheidung[4] hat es eine Schadensersatzforderung des Arbeitsgebers gegen seine Belegschaft als verwirkt bezeichnet. Die Belegschaft hatte am 26. April 1930 beschlossen, am 1. Mai 1930 zu feiern. Erst im März 1931 machte der Arbeitgeber Ersatzansprüche geltend. Wegen dieses langen Wartens will das RAG. es der Belegschaft nicht mehr zumuten, sich auf eine Ersatzforderung einzulassen. Es führt aus: Das Arbeitsverhältnis erfordert Klarheit der Beziehungen zwischen den Parteien. Die Arbeitnehmer dürfen also nicht nach so langer Zeit durch eine für ihre Lebensführung wichtige Schadensersatzklage überrascht werden. Der Arbeitgeber darf nicht ohne Not mit seinen Ersatzansprüchen hintanhalten.

Noch in einer weiteren Gruppe von Fällen hat das Reichsarbeitsgericht die Verwirkungslehre anerkannt. Es hat angenommen, daß das Recht zur fristlosen Kündigung durch längeren Nichtgebrauch verwirkt werde[5].

Schon das Reichsgericht hatte verschiedentlich im Dienstvertrag das fristlose Kündigungsrecht an eine kurze Frist gebunden. Langes Warten hat es als Verzicht[6] oder als Verzeihung[7] gewürdigt. Soweit von Verzeihung die Rede war, war Kündigungsgrund ein Verstoß oder eine Verfehlung des anderen Teils. Sowohl bei einem Verzicht als auch bei einer Verzeihung müssen die Erfordernisse eines Erlaßvertrags gegeben sein. Ein einseitiger Verzicht ist nicht möglich, da es sich um Schuldverhältnisse handelt. Darauf haben die erwähnten Erkenntnisse nicht abgestellt.

Bei den vom Reichsarbeitsgericht entschiedenen Fällen handelt es sich um das sofortige Kündigungsrecht des Arbeitgebers. Es ist ausdrücklich von „Verwirkung" die Rede, wenn auch die Abgrenzung zum Verzicht nicht ganz klar ist.

[1] RAG. Bensh. Slg. Bd. 12, S. 232; 12, 147; 14, 11 ff. (114), 165, 11, 67; 10, 223.
[2] RAG. vom 6. 6. 28 Bensh. Slg., Bd. 3, S. 58, amtl. Bd. 2, 41.
[3] RAG. Bensh. 9, 492, 496; RAG. JW. 30, 2152.
[4] RAG. vom 23. 2. 1932 in DJZ. 32, Sp. 870.
[5] RAG. JW. 32, S. 69; RAG. Bensh. Slg. Bd. 2, 145.
[6] RG. 38, S. 116.
[7] RG. 51, 91; 53, 373; JW. 1910, 117; LZ. 1911, Sp. 695.

Im ersten Fall hat der Arbeitgeber 4½ Monate nach Bekanntwerden des Kündigungsgrundes von seinem Entlassungsrecht Gebrauch gemacht. Das RAG. hat die Rechtmäßigkeit der fristlosen Kündigung davon für abhängig erklärt, ob der Arbeitnehmer zur Klärung seiner angeblichen Verfehlungen einstweilen entlassen worden war. Wäre das der Fall, dann würde das RAG. Verwirkung ablehnen. Denn die Verzögerung der endgültigen Entscheidung wäre dann gerechtfertigt.

Im anderen Falle ließ es die Verwirkung durchschlagen. Der Kläger hatte am 23. April 1927 Äußerungen gegen die Werkleitung gemacht, die eine fristlose Entlassung rechtfertigten. Am 25. und 27. April hielt er sie den vier Direktoren gegenüber aufrecht. Die Beklagte stellte ihn daraufhin mit Schreiben vom 2. Mai 1927 zur Disposition und behielt sich fristlose Entlassung vor. Am 12. Mai 1927 teilte sie ihm seine fristlose Entlassung mit. Das Reichsgericht hat die Verwirkung durchgreifen lassen, weil die Beklagte in den drei Besprechungen nicht zum Ausdruck gebracht hatte, daß sie die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für unerträglich halte, auch am 2. Mai nicht. Nach Ansicht des Reichsgerichts muß binnen mäßiger Überlegungsfrist von dem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht werden. Seiner Auffassung nach bedeutet es einen stillschweigenden Verzicht, wenn der Berechtigte den Arbeitnehmer 19 Tage lang im Unklaren darüber läßt, ob er seine Stellung verliert. Trotz dieser Bezeichnung als Verzicht stellt es offenbar auf Treu und Glauben ab. Es prüft nicht die Voraussetzungen eines Erlaßvertrags. Am Anfang der Entscheidung spricht es auch von Verwirkung.

Bei diesem sofortigen Kündigungsrecht handelt es sich um einen außerordentlichen Rechtsbehelf im Sinne der Entscheidungen über „illoyales Zuwarten". Es wird ein Gestaltungsrecht geltend gemacht, das großen Einfluß auf die wirtschaftliche Lage des Betroffenen hat. Der Arbeitgeber hat sich die Entscheidung offen gelassen. Damit blieb sein Verhältnis zum Arbeitnehmer unklar, vor allem im Hinblick auf die Kündigung. Das RAG. hat den Verlust dieses Rechtes mit Ablauf einer kurzen Überblicksfrist festgestellt, soweit keine Begründung für ein Warten gegeben werde. Einen besonderen Rechtsgrund für die Verwirkung hat es nicht angegeben. Offenbar macht es sich aber damit die Begründung zu eigen, die die Verwirkung allgemein gefunden hat. Sie beruht auf § 242 BGB.

Das RAG. nimmt in den erwähnten Entscheidungen an, daß eine Verpflichtung für Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehe, gegenseitige Ansprüche binnen kurzer Überblicksfrist geltend zu machen. Diese Verpflichtung leitet sich aus dem Arbeitsvertrag und dessen Besonderheiten her. Er legt Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenseitige Treu-

pflichten auf, die sich aus § 242 BGB. herleiten[1]. Diese erfordern eine alsbaldige Klärung von Fragen, die wesentliche Bedeutung für den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses haben[2]. Eine Verletzung dieser Verpflichtung bedeutet es, wenn Arbeitnehmer ungeklärte Lohnfragen jahrelang hintenanstellen und sich dabei den Anschein völligen Einverständnisses mit dem Arbeitgeber geben. Eine Verletzung dieser Pflichten ist es ebenfalls, wenn der Arbeitgeber sich nach längerer Zeit auf ein fristloses Kündigungsrecht beruft oder auf Ersatzansprüche besinnt.

Eine Verletzung dieser Verpflichtung kann nach Treu und Glauben die Geltendmachung ausschließen. Wie im Aufwertungsrecht tritt Verwirkung nicht ein, wenn das Warten motiviert, also entschuldigt ist. Schließlich muß die Abwägung der beiderseitigen Interessen zugunsten dessen ausfallen, der sich auf Verwirkung beruft.

§ 16.

III. Die Verwirkung — ein allgemeiner Rechtssatz?

Im Aufwertungs-, Wettbewerbs- und Arbeitsrecht kommt es nur darauf an, ob ein Verstoß gegen Treu und Glauben in der Geltendmachung des Rechts liegt. In den verschiedenen Gebieten bestehen in tatsächlicher Hinsicht weitgehende Verschiedenheiten.

Die Aufwertungsansprüche haben einschneidenden Einfluß auf die Wirtschaftslage des Aufwertungsschuldners. Zeichenrechtliche Unterlassungsansprüche können einschneidenden Einfluß auf ein ganzes Unternehmen haben. Lohnansprüche sind infolge der Treupflichten des Arbeitsvertrags besonders geartet.

Die grundsätzliche Erwägung bleibt trotzdem in allen Gebieten die gleiche. Die kurze Formel, die natürlich die tatsächlichen Verschiedenheiten nicht erfassen kann, lautet für alle diese Gebiete: Die Durchsetzung eines Rechts ist nach Treu und Glauben nicht möglich, wenn der Berechtigte es schuldhaft verspätet geltend macht, obwohl er zu früherer Geltendmachung verpflichtet war und der Schuldner sich im Vertrauen darauf, daß er nicht mehr belangt werde, einen wertvollen Besitzstand geschaffen hat.

Aber die Gebiete, in denen dieser Rechtssatz Anwendung gefunden hat, Bedeutung erlangt hat und für die er unbedenklich ist, sind Sonderrechtsgebiete. Insbesondere ist das Aufwertungsrecht ein Gebiet, dessen gesamte Ergebnisse unmöglich auf das gesamte Recht übertragen werden können. Wenn die Rechtsprechung zur Aufwertung für die

[1] Hueck-Nipperdey I, § 35, S. 179.
[2] RAG. in DJZ. 1932, Sp. 870.

Verwirkungslehre und damit für Gebiete des allgemeinen Rechts solche Bedeutung erlangt hat, so ist das auf Tatsächliches zurückzuführen. Nirgends kommt es so oft vor wie im Aufwertungsrecht, daß ein Gläubiger so lange wartet. Er geht in der Regel davon aus, daß für ihn die Inflation erledigt ist. Er hält sein Vermögen für endgültig verloren. Er denkt nicht an seine Rechte, bis er sich durch einen Zufall darauf besinnt und beruft.

Zu der Geltendmachung eines Unterlassungsanspruches im Zeichenrecht gehört immer erst die Gewißheit, daß ein anderes Zeichen Schaden bringen kann. Der Berechtigte glaubt zunächst oft, der Verletzer könne ihn gar nicht schädigen. Das Gegenteil zeigt sich erst nach langer Zeit, während der der Dritte das Zeichen fortdauernd benutzt und Konkurrenz macht. Der verletzte Zeicheninhaber sucht dann, den Konkurrenten durch die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs auszuschalten.

Im Arbeitsrecht kommt es häufig, namentlich zu Krisenzeiten, vor, daß Arbeitnehmer sich bereit erklären, untertariflichen Lohn anzunehmen. Kommt es lange Zeit später doch zu der damals vermiedenen Entlassung, dann versuchen, sie ihre vollen tariflichen Ansprüche auch für die ganze Vergangenheit durchzusetzen. Häufig ist dann die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers durch das Einrichten auf die Minderlöhne noch ungünstiger, seine Beanspruchung noch unbilliger.

Parallelen dazu in tatsächlicher Hinsicht können auch in anderen Rechtsgebieten bestehen. Und wo sie auftreten oder aufzutreten scheinen, da reizt die Bedeutung, die die „Verwirkung" in den Sondergebieten erlangt hat, zu der Prüfung, ob sie nicht auch darüber hinaus Anwendung finden kann. Durch das Aufwertungsrecht hat die Verwirkung ihre Berühmtheit erlangt. Die Anwendung im Arbeitsrecht und im Wettbewerbsrecht ist darauf zurückzuführen, daß der Begriff bekanntgeworden ist. Denn zeitlich liegt die Verwendung des Begriffs in diesen beiden Gebieten hinter seinem Bekanntwerden in der Rechtsprechung zum Aufwertungsrecht. Die erste rein arbeitsrechtliche Entscheidung, in der von Verwirkung die Rede ist[1], ist vom 6. Juni 1928, während die Verwirkung im Aufwertungsrecht bereits 1926 und 1927 eine Rolle spielt[2]. Im Warenzeichenrecht erkennt man den Einfluß der Aufwertungsrechtsprechung an den Begründungen der älteren und neueren Entscheidungen. Die älteren Entscheidungen sprachen nicht von Verwirkung. Sie suchen den Rechtsverlust allein aus zeichenrechtlichen

[1] RAG. amtl. 2, 41; Bensh. 3, 58.
[2] RG. 110, 113; 114, 404; JW. 27, 1848 v. 26. 4. 26; RG. JW. 27, 660.

Grundsätzen herzuleiten[1]. Die letzten Entscheidungen erst sprechen ausdrücklich von Verwirkung. Zur Begründung ziehen sie allein § 242 BGB. heran[2].

Als Rechtsgebiete haben diese drei Sondergruppen nichts miteinander gemein. Das spricht dafür, daß eine Anwendung der Verwirkungslehre über diese Gebiete hinaus allgemein möglich ist.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat denn auch wiederholt Ansprüche als verwirkt angesehen, die mit den drei Sondergebieten nicht in Berührung stehen. Verschiedentlich ist auch aus tatsächlichen Gründen eine Verwirkung der geltend gemachten Ansprüche abgelehnt worden. Mehrfach sind die rechtlichen Schranken der Verwirkung angedeutet worden. Stets aber ist die grundsätzliche Berechtigung der Verwirkungslehre anerkannt worden.

Das RG. hat gegenüber einem Anspruch auf Lieferung von Wertpapieren den Verwirkungseinwand durchgreifen lassen[3], allerdings ohne ausdrücklich von Verwirkung zu reden. Es hat nicht zugelassen, daß ein vor langer Zeit im Einverständnis mit dem Angestelltenrat gekündigter Arbeitnehmer sich nach 1½ Jahren auf die Unwirksamkeit der Kündigung beruft[4]. In der bekannten Ehrhardt-Entscheidung[5] hat es angenommen, daß die Nichtgeltendmachung der Ersatzansprüche gegen Ehrhardt während 7 Jahren die Befugnis des Reichs, gegen die Pensionsforderung aufzurechnen — nicht aber den Schadensersatzanspruch selbst! — als verwirkt erscheinen lasse. Rechte auf Nachlieferung und aus § 326 BGB. werden verwirkt durch jahrelange Benutzung mangelhafter Ware, wenn auch die Mängel gerügt worden sind[6]. Ein Beamter, der rechtswidrig entlassen worden war, hat seine Rechte verwirkt, wenn er trotz eines für ihn günstigen Urteils eines Kameraden gegen den Staat keine Schritte unternimmt[7]. Die Ausübung des Kündigungsrechts nach § 19 KO. ist wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben verwirkt, wenn der Berechtigte ohne Not über 2½ Jahre nach Eröffnung des Konkurses von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht[8]. Das Reichsgericht wendet mit den Grundsätzen von Treu und Glauben im öffentlichen Recht auch die Verwirkungslehre an[9]. Das OLG. Hamm bezeichnet die Verwirkung als Einrede der allgemeinen

[1] So RG. 114, 363 (Vox).
[2] RG. JW. 31, 1901; 32, 942, Nr. 9.
[3] RG. JW. 29, 2143 vom 30. 1. 1929.
[4] RG. 126, 53 ff. vom 27. 10. 1929.
[5] RG. JW. 31, 735 vom 2. 12. 1930.
[6] RG. 123, 212 ff. (214 f.) vom 18. 12. 1928.
[7] RG. LZ. 1930, Sp. 403 vom 3. 10. 1929.
[8] RG. DJZ. 1929, Sp. 1615 vom 10. 10. 1929.
[9] RG. JW. 32, 491 vom 17. 10. 1930.

Arglist. Es läßt sie zu gegen den wahlweisen Sachlieferungsanspruch aus einem Übergabevertrag, weil der Berechtigte und seine Erben den Verpflichteten 50 Jahre darüber im Unklaren gelassen haben, ob sie den Sachlieferungsanspruch geltend machen wollten[1].

Aus dieser Zusammenstellung ersieht man, daß die Rechtsprechung den Verwirkungsgedanken ganz allgemein anwendet, nicht nur im bürgerlichen Recht, sondern auch im öffentlichen Recht. Die Begründung ist stets die gleiche — Verstoß gegen Treu und Glauben. Rechtsgrund ist immer § 242, sei es in direkter, sei es in rechtsähnlicher Anwendung.

Auch in der Rechtslehre ist verschiedentlich die allgemeine Bedeutung der Verwirkungslehre anerkannt worden[2]. Es werden durchweg die gleichen Gründe zur Rechtfertigung angeführt. Verschiedenheiten bestehen bei der Abgrenzung. Die Begründung für die allgemeine Geltung ist: Grund der Verwirkung im Aufwertungsrecht ist § 242 BGB.; das ist eine allgemeine Norm; an ihrer grundsätzlichen Geltung in anderen Rechtsgebieten kann kein Zweifel bestehen.

Zum Teil nehmen Wissenschaft und Praxis Stellung gegen die allgemeine Verwendbarkeit der Verwirkungslehre[3]. Das Reichsgericht hat sich öfters ohne jede nähere Begründung gegen die Anerkennung der Verwirkung als allgemeine Rechtseinrichtung gewandt. Die Entscheidungen selbst lassen sich vielleicht mit Erwägungen tatsächlicher Art halten. Das ist aber aus den kurzen veröffentlichten Zeilen nicht zu ersehen. Das gleiche kann man auch nur aus der einschränkenden Äußerung Werners entnehmen. Er will die Verwirkung aus tatsächlichen Gründen auf das Aufwertungsrecht beschränkt sehen, als ihr Hauptanwendungsgebiet: „Gerade hier kommt es häufig vor, daß ein Gläubiger erst nach Jahren mit seinem Anspruch hervortritt".

Diese Erwägungen sind zweifellos berechtigt. Denn entscheidend ist, ob eine Verpflichtung zu alsbaldiger Geltendmachung des Rechts besteht. Im allgemeinen wird sie nicht bestehen. Ausnahmen bilden nur die außerordentlichen Rechtsbehelfe — gleichviel ob sie in ihrer Rechtsnatur außerordentlich sind, oder in ihren Wirkungen.

Das RG. hat zwar in einigen neueren Entscheidungen eine allgemeine Pflicht zu alsbaldiger Geltendmachung der Rechte behauptet. Nachgewiesen hat es sie jedoch nicht.

---

[1] OLG. Hamm in Rspr. Bd. 41, S. 94.

[2] Danzer-Vanotti DRZ. 32, 74; Siebert JW. 32, 2384f.; Küchenhoff DJZ. 1930, Sp. 1194 ff.; Heinemann 936 ff.; Hamburger 93 f., 96 ff.; Abraham JW 30, 1354; Scheuermann 48 f.; Endemann 693 ff.; Reimer JW. 28, 2065; Callmann, Anm. 40 zu § 1 UWG.; Stoll, Anm. JW 29, 1877 und 30, 2447.

[3] RG. in HRR. 1928, Rspr., Nr. 818; Staud.-Werner, Einl. 3. Ab. 657; RG. JW. 32, S. 491; Leonhard S. 120.

1. Im Falle RG. JW. 1929, S. 2143 hatte der Kläger einen Anspruch auf Lieferung von Wertpapieren. Im Oktober 1926 mahnte er den Verpflichteten mit einem nicht eindeutigen Schreiben ohne Erfolg. Er blieb weiter in Geschäftsverbindung mit ihm. Erst im Mai 1927, also nach nahezu ¾ Jahr, verlangte er von neuem Erfüllung und klagte. In der Zwischenzeit waren die Papiere fast auf das Doppelte gestiegen. Das Urteil hat eine Spekulationsabsicht des Klägers nicht festgestellt.

Das RG. meint, weil es sich um ein Geschäft unter Kaufleuten über ein Papier, das starken Schwankungen unterliege, handele, sei der Kläger nach Treu und Glauben zur alsbaldigen Durchsetzung der Rechte verpflichtet gewesen.

Aber kann ein solcher Anspruch wirklich den außerordentlichen Rechtsbehelfen gleichgestellt werden? Es liegt ein einfacher Wertpapierkauf vor. Konnte nicht auch gerade der Beklagte, der Kaufmann ist, vorher für Klarheit der Parteirechte sorgen? Die bloße Tatsache, daß es sich um ein Geschäft unter Kaufleuten gehandelt hat, kann nicht genügen, um die Verpflichtung anzunehmen. Die Abweisung der Klage mag in diesem Fall erwünscht sein. Mit anderen Rechtsbehelfen mag die Entscheidung aufrechterhalten werden können, mit der Verwirkungslehre nicht.

2. In RG. 126, 53ff. war ein Mitglied eines im Frühjahr 1921 gewählten Angestelltenrats im Sommer 1921 mit Genehmigung des Angestelltenrats entlassen worden. Der Angestelltenrat war fehlerhaft zusammengesetzt, amtierte aber unbeanstandet bis zur Neuwahl. Im November 1922 erhob das entlassene Mitglied Klage auf Wiedereinstellung und Fortzahlung seines Gehalts. Zur Begründung führte er an, seine Entlassung sei mangels wirksamer Genehmigung ungültig.

Auch hier ist nicht betont, warum gerade der Kläger verpflichtet gewesen ist, sich alsbald zu rühren. Die Verpflichtung könnte sich vielleicht aus der Treupflicht, also dem Dienstvertrag in Verbindung mit § 242 BGB. herleiten. Schließlich ließe sich auch aus seiner früheren Stellung im Angestelltenrat eine Verpflichtung zur alsbaldigen Geltendmachung entnehmen. Aber sind das so außergewöhnliche Rechte, daß der Kläger sie bei Meidung des Verlustes alsbald geltend machen mußte? Es ist lediglich ein vertraglicher Anspruch ein Jahr lang nicht geltend gemacht worden. Eine Verwirkung kann da nicht in Betracht kommen. Es läßt sich aber auch nicht erkennen, ob die Interessenabwägung den beiderseitigen Interessen gerecht wird. Es ist nicht unzweifelhaft, da es sich um einen größeren Betrieb handelt (Angestelltenrat!): Interessant ist, daß die Entscheidung

die Verwirkung gegenüber den öffentlich-rechtlichen Normen des Betriebsrätegesetzes zugelassen hat.

3. Die Ehrhardt-Entscheidung[1]: Der verklagte Staat hatte 7 Jahre lang nichts gegen den Kläger, der sich durch Teilnahme am Kapp-Putsch ersatzpflichtig gemacht hatte, unternommen. Auf die Klage Ehrhardts hat das RG. festgestellt, daß der Beklagte die Aufrechnungsbefugnis gegen die Pensionsansprüche des Klägers, nicht aber den Schadensersatzanspruch verwirkt habe.

Aus der veröffentlichten Entscheidung ist nicht zu erkennen, warum das Reich, das dem Kläger nach kurzer Dienstzeit lediglich Pension zahlte, zu alsbaldiger Geltendmachung des Ersatzanspruchs verpflichtet gewesen sein soll. Das Dienstverhältnis besteht nicht mehr. Das Urteil schweigt darüber. Unerfindlich ist schließlich, warum nur die Aufrechnungsbefugnis und nicht der Ersatzanspruch verwirkt sein soll. Stellt das Reichsgericht hier auf eine teilweise Verwirkung ab? Inwiefern hat sich der Kläger auf die Weiterzahlung der Pension eingerichtet?

Trotz der Verkündung der Bedeutung der Verwirkung steht das Urteil weder mit der Rechtsprechung noch mit der Verwirkungslehre überhaupt im Einklang. Es hat offenbar allein auf die Zeit abgestellt. Ob es aus anderen rechtlichen Gründen zu halten ist, darauf kommt es hier nicht an.

4. RG. 123, S. 212ff.: Der Beklagte, der auf Kaufgeld verklagt ist, hatte im Jahre 1924 acht „prima Kühe" von dem Kläger gekauft. Er hat neun geliefert bekommen und abgenommen. Sie waren alle mangelhaft. Er hatte deshalb die Rechte aus § 326 BGB., konnte aber auch kraft seines Nachlieferungsrechtes (§ 480 BGB.) den Vertrag als nicht erfüllt betrachten, Kläger in Annahmeverzug setzen und eventuell nach Vornahme eines Selbsthilfeverkaufs Lieferung vertragsmäßiger Kühe verlangen. Statt dessen behielt er die Kühe jahrelang und verkaufte sie dann erst an einen Metzger.

Das RG. hat angenommen, der Beklagte habe stillschweigend auf seine Mängelrechte verzichtet. Die Begründung läßt jedoch auf einen Fall der Verwirkung schließen. Zu einem Verzicht auf seine Mängelrechte oder zu einer Genehmigung der mangelhaften Ware hatte der Beklagte gar keine Veranlassung. Das Urteil stellt selbst fest daß ein Verzicht möglicherweise dem Willen des Beklagten nicht entsprach.

Hier erforderte es die nach § 242 BGB. dem Beklagten gegenüber dem Kläger obliegende Rücksichtsnahme, die Mängel alsbald geltend zu machen. Entschuldigungsgründe standen ihm nicht zur Seite. Er hat

[1] RG. JW. 1931, S. 735.

im Gegenteil durch jahrelangen Gebrauch den Kläger in den Glauben versetzt, er wolle keinen Gebrauch mehr von den Mängelrechten machen. Nach nahezu 3 Jahren durfte er deshalb so einschneidende Maßnahmen wie Selbsthilfeverkauf nicht mehr vornehmen. Der Kläger konnte sich nach dieser Zeit auf die Nichtinanspruchnahme einrichten. Inwiefern er sich darauf eingerichtet hat, ist nicht zu ersehen. Die Interessenabwägung spricht nicht eindeutig zugunsten des Klägers.

Die Entscheidung hält sich im Rahmen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zur Verwirkung, die es genügen läßt, daß der Verpflichtete annehmen durfte, nicht mehr belangt zu werden. Im Rahmen der oben für die Verwirkung aufgestellten Grundsätze hält sie sich nicht.

5. RG. LZ. 1930, Sp. 403: Der Kläger, ein Polizeioffizier, war 1924 auf seinen Antrag aus dem Dienst entlassen worden. Der Entlassungsbescheid war rechtsungültig. Im April 1926 hatte das RG. in einem gleichliegenden Falle die Ungültigkeit der Entlassung ausgesprochen und einem Kameraden des Klägers den vollen Gehalt zugesprochen. Erst $^5/_4$ Jahre danach machte der Kläger seinen Anspruch geltend. Das RG. hat die Klage abgewiesen. Das RG. führt dazu aus: Durch seinen eigenen Entlassungsantrag und die Annahme des Bescheids hatte der Kläger seine Ausscheidungsabsicht eindeutig kundgetan. Hörte er von dem Urteil, dann war er nach Ansicht des RG. verpflichtet, seinen Anspruch alsbald zu erheben. Aus welchem Gesichtspunkt heraus der Kläger zur Geltendmachung verpflichtet gewesen sein soll, ist nicht ersichtlich. Hier handelte es sich nicht um einen so außerordentlichen Anspruch.

Wenig Wert hat das RG. auch auf die Interessenabwägung gelegt. Es ist nicht zu ersehen, woraus sich das überwiegende Interesse des beklagten Staates an einer Nichtzahlung ergeben könnte. Höchstens daraus, daß so der Kläger jahrelang auf seine Kosten unbeschäftigt geblieben war. Daß sich die Entscheidung im Rahmen der Verwirkungslehre hält, läßt sich deshalb nicht ohne weiteres sagen.

6. In RG. JW. 32, 491 hat das RG. die Verwirkung für das Gebiet der Dienstentlassung abgelehnt aus besonderen Gründen öffentlichrechtlicher Art.

Das RG. betont, daß die Verwirkungslehre im öffentlichen Recht auch Geltung habe, daß sie aber im Dienstentlassungsverfahren nur mit äußerster Vorsicht anzuwenden sei. Es glaubt, daß das öffentliche Interesse einer allgemeinen Anwendung entgegen stehe. Dazu bezieht sich das RG. auf eine frühere Entscheidung[1]. Es hat auch wiederholt das gleiche für die Grundsätze von Treu und Glauben überhaupt aus-

[1] RG. 113, 81 — RG. JW. 27, 2193.

gesprochen[1]. Im Besonderen führt es gegen die Verwirkung aus: Das Beamtenrecht ist von wesentlich größerer Formstrenge...; „gerade die Gehaltsansprüche der Beamten als wohlerworbene Rechte und die Offenhaltung des Rechtswegs durch die Reichsverfassung" machen es unmöglich, „auf sie die speziell im Aufwertungsrecht aus § 242 BGB. entwickelte und auf das billige Ermessen im Einzelfall aufgebaute Lehre von der Anspruchsverwirkung zu übertragen".

Das steht — auf den ersten Blick zu urteilen — in Widerspruch zu einer Entscheidung des IV. Senats[2]. Hier ist die Verwirkung im Dienstentlassungsverfahren zugelassen. Beide Male handelte es sich um Schutzpolizeibeamte. Die Entscheidung führt nichts gegen die Verwirkungslehre an.

Auch im öffentlichen Recht und auch im Dienstentlassungsverfahren gelten in entsprechender Anwendung die bürgerlich-rechtlichen Grundsätze über die Verjährung[3]. Anerkanntermaßen sind aber die Grundsätze von Treu und Glauben stärker als die der Verjährung. Grundsätzliche Erwägungen sprechen also nicht gegen die Annahme der Verwirkung im Dienstentlassungsverfahren. Warum gerade die Eröffnung des ordentlichen Rechtswegs einen Einfluß auf die Anwendbarkeit des § 242 BGB. haben sollte, ist nicht ersichtlich.

Beide Entscheidungen zeigen trotzdem grundsätzliche Übereinstimmungen. Rechtsgrund für die Verwirkung ist bei beiden Entscheidungen § 242 BGB. Trotzdem stellen sie übereinstimmend darauf ab, ob der Berechtigte den Rechtsaufgabewillen hatte. Die Entscheidung des IV. Senats bejaht das: „...das Verhalten ... läßt eindeutig erkennen, daß er sich mit der Entlassung abgefunden hat und endgültig entschlossen war, sich bei ihr zu beruhigen. Da er ..... trotzdem nichts unternahm, so kann das nur auf der bewußten und gewollten Aufrechterhaltung seines Entschlusses beruhen, seine Sache endgültig beruhen zu lassen." Die zweite Entscheidung, die des III. Senats, verneint einen Rechtsaufgabewillen: „...die Umstände, die das BG. anführt: die Unterlassung des Einspruchs gegen seine Entlassung, sein Schreiben nach Empfang der Entlassungsverfügung" — in dem er zweimal von seinem Ruhegehalt spricht — „und das jahrelange Schweigen wegen der Gehaltsansprüche", können aber sehr wohl zu einer Auslegung führen, wie sie das BG. annimmt. „Es handelt sich hier aber um ein Verhältnis des öffentlichen Rechts, auf das die Grund-

[1] RG. JW. 30, 1188 ff.; RG. JW. 29, 3377; RG. JW. 28, 1503; RG. JW. 27, 2186; RG. 125, 318.

[2] RG. LZ. 1930, Sp. 403, vgl. oben unter Nr. 5.

[3] Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, S. 58; Stier-Somlo-Elster, Handw. d. Rechtsw. „Verjährung C. Im Verwaltungsrecht".

sätze des bürgerlichen Rechts nicht ohne Berücksichtigung seiner Eigenheit übertragen werden können. Erklärungen von Beamten, die einen Verzicht auf ihre Rechte enthalten, dürfen nur dann berücksichtigt werden, wenn sie klar und bestimmt sind (RG. 96, 302; RG. 114, 130; JW. 1926, S. 2292). Solche Erklärungen liegen aber hier nicht vor.“ Schließlich nimmt das RG. an, der Kläger habe schon deshalb nicht den Willen zum freiwilligen Ausscheiden aus dem Amt äußern können, weil er die Ungültigkeit zunächst nicht gekannt, vielmehr erst durch einen Richterspruch kennengelernt habe, woraufhin er sofort seinen Anspruch geltend gemacht habe.

Beide Urteile haben also die Verwirkung mit Erwägungen über den Verzicht entscheiden wollen. Die öffentlich-rechtlichen Erwägungen haben die Ergebnisse jedenfalls nicht allein getragen. Insoweit verkennt das RG. die Ergebnisse der Verwirkungslehre. Es fällt in die Fehler zurück, die es zu Recht bei der Aufwertung bemängelte und insbesondere im unlauteren Wettbewerb den Instanzgerichten vorwarf.

Das Ergebnis der zweiten Entscheidung würde sich aber auch nach der Verwirkungslehre — jedenfalls der hier vertretenen — nicht ändern. Verwirkung hätte schon deshalb nicht stattfinden können, weil nicht festgestellt ist, daß der Kläger zur alsbaldigen Geltendmachung verpflichtet gewesen ist und daß er Kenntnis von seinem Recht gehabt hat. Er hat vielmehr sofort nach Kenntnis von einem Urteil in ähnlicher Sache seine Rechte gerichtlich geltend gemacht[1].

7. RG. in DJZ. 1929, Sp. 1615: Das Kündigungsrecht aus § 19 KO. ist verwirkt, wenn es der Berechtigte trotz Kenntnis erst $2\frac{1}{2}$ Jahr nach Konkurseröffnung geltend macht.

Diese Entscheidung folgt ganz den Grundsätzen der Verwirkungslehre. Das in seiner Geltendmachung besonders folgenschwere Konkurskündigungsrecht ist ein außerordentlicher Rechtsbehelf, sogar im Sinn der Rechtsprechung über „illoyales Zuwarten“; denn es ist ein Gestaltungsrecht. Es ist mit der Verpflichtung zu schonender Geltendmachung verbunden. Danach erscheint die Benutzung nach $2\frac{1}{2}$ Jahren verspätet. Der Verlust dieses Rechts rechtfertigt sich durch die Interessenabwägung. Es geht unmöglich an, den Konkurs und damit sämtliche Gläubiger durch willkürliche Rechtsausübung seitens eines einzelnen zu gefährden. Die Auslassungen über die Abwägung sind unvollständig. Doch erklärt sich das wohl aus der kurzen Wiedergabe.

Die Übersicht über die Rechtsprechung zeigt, daß in allen Fällen nicht klar hervorgehoben wird, ob und weshalb das verfolgte Recht durch den Berechtigten alsbald geltend gemacht werden mußte. Es wird fast stets nur allgemein auf § 242 BGB. abgestellt.

[1] Vgl. Köttgen JW. 1932, S. 491 (Anm.).

Die Begründung bleibt in allen Fällen die gleiche. Im Tatsächlichen lassen sich Parallelen feststellen. Danach ist die Anwendung der Verwirkungsgrundsätze allgemein ebenso wie in den Sondergebieten nur dann zuzulassen, wenn wirklich aus irgendeinem Grund eine Verpflichtung zur alsbaldigen Geltendmachung des Rechts bestand. Allenfalls war das im Fall 4 und im Fall 7 zuzulassen. In allen anderen Fällen war eine derartige Verpflichtung nicht zu ersehen.

Für das Wettbewerbsrecht, das Arbeitsrecht und für das außerordentliche Kündigungsrecht kann und wird die Verwirkungslehre größere Bedeutung erlangen. Darüber hinaus wird sie im Rechtsverkehr eine seltene, letzte Möglichkeit bleiben. Als solche wird sie immerhin von Bedeutung sein können.

Lebenslauf.

Als Sohn des jetzigen Rechtsanwalts und Notars Dr. jur. Hermann Rocholl und seiner Ehefrau Gerda, geb. Osius wurde ich am 27. April 1909 zu Kassel geboren.

Von Ostern 1915 an besuchte ich die Vorschule, von Ostern 1918 an das Realgymnasium I (Reformrealgymnasium) in Kassel. Hier bestand ich Ostern 1927 die Reifeprüfung. Nach einem Studium in München, Berlin und Marburg bestand ich am 9. Juli 1930 vor dem juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Kassel das erste juristische Staatsexamen. Seit dem 1. September 1930 bin ich als Referendar im Vorbereitungsdienst tätig.

Herrn Geh. Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard danke ich auch an dieser Stelle noch vielmals für seine Anregungen und Anleitungen bei der Anfertigung der vorliegenden Arbeit.